

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La ordenación pública de las entidades de crédito**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Juan Manuel Vega Serrano**

DIRECTOR:

**Santiago, dir Muñoz Machado**

**Madrid, 2015**

TE  
2.135



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5331175439

# **LA ORDENACIÓN PÚBLICA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO**



**TESIS DOCTORAL**

**Juan Manuel Vega Serrano**

**Director: Prof. Dr. D. Santiago Muñoz Machado**

## **ÍNDICE**

Introducción	5
1. La regulación bancaria	7
2. Las entidades de crédito	72
3. La regulación del acceso a la actividad crediticia	121
4. La regulación de la actividad crediticia	186
5. Las potestades administrativas	352
6. El secreto bancario	377
7. La administración crediticia	415
8. La crisis financiera y la regulación bancaria	507
Bibliografía citada	577

## **Introducción**

La relevancia y trascendencia de las funciones que las entidades de crédito desempeñan en las economías modernas ha justificado en todos los países avanzados su sujeción a una intensa regulación, de la que se deriva una particular “disciplina bancaria”. Este axioma es evidente incluso en los Estados Unidos, caracterizados tradicionalmente por su estricta adscripción a los principios del liberalismo económico<sup>1</sup>.

Esta “disciplina”<sup>2</sup> se manifiesta no sólo durante el ejercicio del negocio bancario sino, significativamente, con carácter previo al inicio mismo de la actividad, el cual queda condicionado, incluso en los países del “common law”, a la obtención de un título administrativo (“charter” en el derecho anglosajón, “autorización” en el continental).

En nuestro país, aunque la normativa bancaria continúa en buena medida dispersa, se han operado progresos fundamentales desde la integración en la UE a impulsos de la imprescindible transposición de las Directivas comunitarias. Ello ha supuesto la superación de una situación netamente corporativista, dotándose a la

---

<sup>1</sup> Como señala MUÑOZ MACHADO *“es inapropiado creer que la regulación opera necesariamente en un marco de competencia plena. No puede partirse de la idea de que el mercado americano siempre ha estado plenamente abierto a la competencia y que la regulación ha servido para controlar que así sea.”* Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 20.

<sup>2</sup> Me parece significativa la misma utilización por la Ley 26/1988 del término ‘disciplina’ que, según el Diccionario de la Real Academia, denota *“especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto”*.



Administración crediticia de una amplia panoplia de potestades para asegurar la solvencia y estabilidad de las entidades de crédito.

Sin embargo, la crisis financiera desencadenada en el verano de 2007 ha puesto en cuestión los principios sobre los que ha venido articulándose la regulación bancaria en las tres últimas décadas, al revelar la incapacidad de los supervisores financieros para anticipar los problemas que se estaban gestando en las entidades de crédito y, una vez desatados éstos, para contener sus efectos acusadamente contractivos sobre la economía real.

## 1. La regulación bancaria

### 1.1. Concepto

La regulación bancaria, integrada en el concepto más amplio de “regulación<sup>3</sup> económica”<sup>4</sup>, tiene por objeto esencial ordenar el estatuto<sup>5</sup> o régimen jurídico de los

---

<sup>3</sup> Para una visión global, véase Muñoz Machado, Santiago, *Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control*, Revista General de Derecho Administrativo, número 20, Madrid, marzo de 2009.

El concepto mismo de “regulación” es susceptible de ser concebido con mayor o menor amplitud: *“Si la regulación se entiende que abarca el conjunto de la actividad pública de intervención y supervisión de la economía, es que se está manteniendo un concepto amplio de regulación que cubre entonces tanto los sectores en los que con toda normalidad opera el libre mercado y la competencia como aquellos que presentan limitaciones estructurales y congénitas a la operatividad del mercado. El concepto estricto, que siempre es de más densidad y definición conceptual, vendría a circunscribir la regulación a la actividad administrativa – fundamentalmente, aunque no exclusivamente, la de las Agencias reguladoras – en esos sectores en los que el mercado presenta limitaciones o disfunciones congénitas. Son los que por ello tienden a ser denominados mercados regulados (...).”* Esteve Pardo, José, *El encuadre de la regulación de la economía en el Derecho Público, en Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, páginas 403-404.

La intermediación en el crédito es precisamente uno de los más claros ejemplos de un sector que presenta las mencionadas *“limitaciones estructurales y congénitas a la operatividad del mercado”*, lo que justifica un régimen de intervención pública particularmente intenso, que principia por el acceso mismo a la actividad, que queda legalmente condicionado a la previa obtención de una autorización administrativa. La crisis financiera no ha puesto en cuestión la calificación del crédito como “mercado regulado”, sino la idoneidad de los instrumentos de regulación existentes y su ejercicio por parte de las autoridades (principalmente, supervisoras).

Lógicamente, el alcance mismo del concepto de regulación dependerá de la posición ideológica que se adopte sobre el papel que el Estado está llamado (o no) a jugar en la economía: *"The very concept of regulation is highly controversial. This paper sees regulation as the product of legislative action focused on enforcement, as binding sets rules that constrict behaviour backed by sanction of enforcement by courts. This type of regulation is in many respects the opposite of what the business community wants, which usually takes the form of guidelines and legislation facilitating standard creation by the market itself."* Glinavos, Ioannis, *Regulation and the Role of Law in Economic Crisis*, Institute of Advanced Legal Studies, Londres, 2009, página 2.

Para un estudio del papel del Estado en la vigente ordenación del sistema económico, véase Rodríguez-Campos González, Sonia, *La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado Social de Derecho*, Revista General de Derecho Administrativo, número 8, Madrid, marzo de 2005.

<sup>4</sup> *"La doctrina alemana que maneja un concepto estricto de regulación se refiere exclusivamente a la Economic Regulation, puesto que entiende que son sus concretas técnicas, en la forma en que han sido ensayadas en Estados Unidos de América, las que han penetrado en Europa continental para sustituir la actividad prestacional directa de los poderes públicos en los sectores liberalizados."* Darnaculleta i Gardella, M. Mercè, *La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, 2009, Tomo I, página 357.

<sup>5</sup> Significativamente, Martín Oviedo lo considera un *"derecho de índole estatutaria"*. Martín Oviedo, José María, *Derecho Bancario Español*, Ed. Plunibanif, Madrid, 1977, página 8.

intermediarios en el crédito y las correlativas potestades de supervisión, intervención y sanción de los poderes públicos<sup>6</sup> (Administración crediticia, esto es, principal, aunque no exclusivamente, el Banco de España).<sup>7</sup>

Desde esta perspectiva, la regulación bancaria incluye, no sólo la función normativa (legislación y reglamentación)<sup>8</sup> sino asimismo un conjunto plural de instrumentos de

---

<sup>6</sup> *“La intervención de la Administración en la industria puesta de relieve en los estudios generales de Derecho mercantil alcanza en el mercado financiero mayor intensidad”.* Zunzunegui, Fernando, *Derecho del mercado financiero*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, página 27.

<sup>7</sup> La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2006 (caso Gescartera) pone de relieve el doble aspecto normativo e institucional de la regulación: *“La regulación es (...) una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado, si bien no de carácter directo, sino mediante el establecimiento de normas jurídicas generales que han de observar todos los que actúen en él y la intervención administrativa mediante la creación de órganos de vigilancia ad hoc. Los poderes públicos en el sistema de regulación no determinan cómo ha de realizarse la actividad económica según las circunstancias, sino que dejan a la iniciativa privada tal determinación si bien estableciendo el marco jurídico de la actividad y creando órganos de control en el cumplimiento de tal regulación jurídica.”*

<sup>8</sup> *“En el lenguaje común la regulación se vincula normalmente con la noción de regla y, por tanto, su contenido se identifica con la idea de ‘reglamentación’. Más en concreto, en el ámbito del Derecho, se ha venido utilizando normalmente el término regulación para identificar cualquier manifestación de la intervención estatal que comprenda la ordenación de un sector mediante la utilización de instrumentos jurídicos vinculantes –reglamentos, órdenes o actos administrativos”.* Darnaculleta i Gardella, M. Mercè, *La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 349.

intervención<sup>9</sup> orientados a asegurar que el ejercicio profesional de la actividad crediticia se realiza en términos compatibles con el interés general (interés general que, como veremos inmediatamente, es particularmente poliédrico en este ámbito).

Así concebida, la regulación bancaria engloba una serie de actuaciones de los poderes públicos:

a) Control del acceso a la actividad bancaria, que alcanza no sólo a la entidad propuesta sino a ciertas condiciones “morales” (honorabilidad e idoneidad) de los promotores.

---

Frente a esta acepción “usual”, el concepto técnico de regulación que aquí manejamos incluye tanto la función estrictamente normativa como otros instrumentos y técnicas de intervención en el mercado y los operadores crediticios. Como señala Muñoz Machado, surgió así *“la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general.”* Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 18.

<sup>9</sup> *“Regular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros en la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador.”* Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 111.

b) Control de la gestión bancaria<sup>10</sup>, tanto por razones intrínsecas a la entidad (asegurar su solvencia<sup>11</sup> y liquidez), como de política económica<sup>12</sup>, monetaria, de

---

<sup>10</sup> *“La intervención administrativa en la actividad crediticia opera en toda la actividad que las entidades de crédito realicen: esta intervención sirve para procurar que dichas entidades mantengan un determinado nivel en sus recursos propios, y cubran determinados coeficientes, en garantía de la estabilidad del sistema financiero”* (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 1997/9699).

<sup>11</sup> Como veremos inmediatamente, en los últimos años ha surgido (o, más bien, resurgido) una escuela económica que considera que el control de la solvencia de las entidades de crédito no debe atribuirse a los poderes públicos (aun cuando estos asuman la forma de órganos técnicos altamente especializados) sino a los actores privados actuantes en el mercado (en particular, a los depositantes y accionistas de las propias entidades) que están, o deben estar, altamente interesados en salvaguardar sus intereses, sometiendo a las entidades a un escrutinio más eficaz que el de los supervisores públicos. Sin embargo, lo cierto es que, por un lado, las dificultades de una entidad pueden propagarse a otras, aun cuando éstas hayan sido gestionadas de una forma adecuada, y, por otro, los actores privados no siempre disponen de la información adecuada para valorar el nivel de riesgo relativo de las entidades y la calidad de su administración: *“en la medida en que la información sobre la situación económica del banco sea de difícil acceso y evaluación por los depositantes y los accionistas que no participan en la gestión, difícilmente podrán éstos analizar la conveniencia de continuar como tales en esta entidad”*. Jiménez Raneda, Ignacio, y Pérez García, Francisco, *Las cajas de ahorros como empresas financieras*, en *Revista Valenciana de Hacienda Pública*, número 5, 1988, página 42.

<sup>12</sup> *“La intervención del Estado tiene como función en este sector garantizar, cara a la clientela, la solidez de la institución y sincronizar las condiciones de su funcionamiento con los intereses permanentes o coyunturales de la economía nacional”*. Martín Mateo, Ramón, y Sosa Wagner, Francisco, *Derecho administrativo económico. El Estado y la empresa*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, página 129.

prevención del blanqueo de capitales o de protección del consumidor o cliente bancario.

c) Intervención de la institución financiera en caso de crisis, definida legalmente como *“una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia”* (artículo 31.1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, LDIEC).

d) Imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina<sup>13</sup> (artículo 1.1 LDIEC), o de otras normas de obligada observancia (como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales, Ley 19/1993, de 28 de diciembre).

## **1.2. Notas caracterizadoras**

---

<sup>13</sup> Se consideran normas de ordenación y disciplina las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas. Entre tales disposiciones se entenderán comprendidas tanto las aprobadas por órganos del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España (artículo 1.5 LDIEC). Aunque las normas de ordenación y disciplina constituyen el núcleo de la regulación bancaria, ésta es más amplia, integrando asimismo otras disposiciones jurídico-públicas que no cabe calificar como de ordenación y disciplina (como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales, que presentan un carácter más horizontal, vinculando no sólo a las entidades de crédito sino a un amplio elenco de actividades mercantiles, tanto financieras como no financieras).

La regulación bancaria es parte de la disciplina conocida tradicionalmente como “derecho administrativo económico”<sup>14</sup>, por lo que participa de las características propias de éste: carácter profesional (que, históricamente, ha revestido, incluso, caracteres de un acusado corporativismo), intenso contenido técnico (piénsese, por ejemplo, en las normas que regulan la cartera de inversiones o los límites prudenciales de concentración del crédito) y creciente armonización (intensísima en el ámbito comunitario europeo, como tendremos ocasión de ver, pero asimismo significativa en el entorno internacional debido a instituciones como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> “Antes que de regulación se hablaba, en los sistemas continentales europeos, de intervención pública en la economía, y el compendio y ordenación sistemática de las formas que revestía tal acción comprendía una disciplina jurídica entera, el Derecho Público o Administrativo de la Economía.” Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 16.

<sup>15</sup> Se trata de un fenómeno no exclusivo de la regulación bancaria: “Derecho de la Comunidad Europea que no agota su virtualidad en el ámbito puramente económico; lo trasciende, y afecta de manera cada vez más intensa a todos los ámbitos del Derecho Administrativo. Así lo ha notado S. Cassese, quien al hilo, no sólo del Derecho Comunitario, sino del Derecho de otras organizaciones supranacionales, como el Consejo de Europa o la OMC, subraya que el Derecho Administrativo contemporáneo ha dejado de ser en gran parte un derecho estatal, fenómeno que puede concretarse en un doble aspecto: las fuentes (gran parte del Derecho que se crea es transestatal) y la organización, en la que la propia Administración cede el paso a decisiones tomadas fuera de su ámbito (autorregulación) o en su propio seno con independencia (Agencias, comités técnicos, etc.).” Baño León, José María, *La Administración frente al juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo*, reflexiones sobre la obra de Santiago Muñoz Machado *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 24, número 72, septiembre-diciembre de 2004, página 351.



No obstante, junto con estas características “institucionales”, la regulación bancaria española presenta dos caracteres particulares, resultado de su concreta evolución histórica.

En primer lugar, el ordenamiento del crédito se ha venido caracterizando en España por su acusada dispersión, motivada por la “...*continuada vigencia de diferentes textos legales que responden a inspiraciones y principios no sólo distintos sino incluso contradictorios*”.<sup>16</sup> Esta afirmación hecha en 1975 en un contexto político y normativo radicalmente diferente al actual continúa, no obstante, plenamente vigente, sin que hasta el día de hoy se haya abordado seriamente la necesidad de sistematizar el conjunto de disposiciones legales que establecen el régimen jurídico-público del crédito.<sup>17</sup> Ciertamente, aunque por influencia del derecho comunitario nuestra normativa bancaria ha experimentado una notable modernización (como resulta de las propias Exposiciones de Motivos, el legislador ha actuado, las más de las veces, a impulsos de la imperiosa necesidad de

---

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la importancia que han adquirido como instrumentos de armonización o aproximación de las legislaciones bancarias los llamados “estándares internacionales” (caso de los “core principles” de Basilea o de las 40 Recomendaciones del GAFI, véase infra), “estándares” que pueden incardinarse en lo que ha venido en denominarse “soft law”. Véase Alonso García, Ricardo, *El soft law comunitario*, Revista de Administración Pública, Madrid, número 154, enero-abril de 2001.

<sup>16</sup> Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, página 261.

<sup>17</sup> La propia LDIEC reconoce esta situación al aludir en su Exposición de Motivos a “la enorme dispersión y variedad de las disposiciones en que se recoge la normativa, con las lagunas legales y las faltas de coordinación correspondientes”.

trasponer las correspondientes directivas) este positivo influjo no se ha extendido a la técnica legislativa que continúa en buena medida sometida a un proceso de “acarreo normativo”. En este punto, resulta significativa la continua vigencia, siquiera parcial, de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 (LOB), promulgada conforme a unos principios ordenadores (los del “statu quo bancario”) radicalmente diferentes a los actuales.

En segundo lugar, la normativa española se ha caracterizado tradicionalmente por la falta de rango de sus disposiciones, como consecuencia, en buena medida, del enfoque “corporativo” que adquirió la disciplina bancaria a partir de los años 20: las relaciones entre unos pocos banqueros plenamente establecidos y protegidos de toda competencia por el principio de “statu quo bancario”, al que posteriormente nos referiremos, y una Administración especialmente “sensible” a las necesidades del sector, se articulaban pacíficamente través de procedimientos en buena medida informales o no juridificados (orientaciones, directrices...), no sintiéndose en ese contexto la necesidad de una regulación de rango legal que estableciera de modo preciso las obligaciones de las entidades y las correlativas potestades de la Administración. Este esquema de relaciones informales, que jurídicamente se manifestaba en el ínfimo rango de ciertas decisiones de política crediticia, mostró sus limitaciones como consecuencia del “shock” petrolífero de los 70: la falta de habilitación legal para adoptar decisiones de intervención de las entidades en dificultades supuso un serio obstáculo para afrontar adecuadamente la denominada “crisis bancaria”<sup>18</sup>, no dotándose al Banco de España, como autoridad supervisora,

---

<sup>18</sup> Comentando el caso del Banco de Navarra, al que haremos referencia posteriormente, señalaba Suay Rincón que *“el uso legítimo de sus potestades (por la Administración) en la ordenación del sector (bancario) en nuestro país tropieza con obstáculos tales como la dispersión normativa existente en el sector, las incertidumbres reinantes en cuanto a las normas en vigor, la generosidad con que han de venir interpretadas las delegaciones legislativas para llenar las lagunas y, en fin, la falta de claridad y concreción de las funciones que han de desarrollar las autoridades a las que se encomienda el gobierno del*

de las imprescindibles potestades de intervención hasta la promulgación de la LDIEC.

En este sentido, la aprobación de la LDIEC respondió a dos finalidades fundamentales: (1ª) adaptar la legislación española al acervo comunitario y, (2ª) más específicamente, adecuar la regulación de la disciplina bancaria a las exigencias del principio de legalidad consagrado por la Constitución. No obstante, la LDIEC, a pesar de su denominación, abordó asimismo un buen número de cuestiones no directamente relacionadas con la disciplina e intervención bancarias (por ejemplo, de particular interés para este trabajo, el ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las entidades de crédito, Título II, artículos 28 a 30 bis), como no deja de reconocer su propia Exposición de Motivos: *“La presente Ley va, sin embargo, más allá de la regulación estricta del régimen disciplinario de las entidades crédito. En defecto de una ley general de ordenación de la actividad de las entidades de crédito, cuya necesidad se deja sentir, pero que, por su complejidad, no puede abordarse con premura, se ha considerado conveniente aprovechar la aprobación de esta Ley para resolver ciertos problemas sustantivos importantes del régimen legal de las distintas categorías de entidades financieras”*. Transcurridas más de dos décadas desde la promulgación de la LDIEC continúa, sin embargo, sin abordarse la elaboración de esa *“ley general de ordenación de la actividad de las entidades de crédito”* que fije precisamente el estatuto jurídico de la instituciones bancarias que, en la actualidad, debe inferirse en buena medida por vía indirecta, a partir del elenco de infracciones tipificado por la LDIEC (artículos 3 a 6).

### **1.3. La banca como sector intervenido**

---

*crédito”*. Suay Rincón, José, *El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?*, en *Poder Judicial*, número 1, 1986, página 126.

Señala Martín Oviedo que *“las entidades y operaciones que configuran el sistema financiero han estado sometidas de antiguo a una reglamentación, casi siempre altamente intervencionista”*.<sup>19</sup>

La intervención pública en el sector del crédito se ha manifestado en una normativa de naturaleza imperativa<sup>20</sup> que atribuye intensas potestades de intervención a

---

<sup>19</sup> Martín Oviedo, José María, *Ordenación legal del sistema financiero español*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, página 29.

En idéntico sentido, Franch i Saguer: *“La presencia del poder público en la creación de las entidades financieras no es una manifestación propia del intervencionismo de nuestro siglo”*. Franch i Saguer, Marta, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, página 217.

Por el contrario, Fernández Rozas considera que la injerencia pública es un fenómeno relativamente reciente: *“El acceso y el ejercicio de la profesión bancaria ha sido históricamente libre hasta la aparición del intervencionismo estatal en el crédito que se opera a partir de los años veinte del presente siglo. Hoy, sin embargo, en función de tal intervención, presenta una notable autonomía con relación a otras actividades profesionales; el Estado en la hora actual, al contrario que en el periodo del liberalismo, no permanece indiferente ante la actividad de la banca privada, que ha dejado de desempeñar funciones de simple custodia de dinero para convertirse en creadora de crédito y erigirse así en una pieza fundamental de las economías de mercado”*. Fernández Rozas, José Carlos, *La banca extranjera en España. El acceso al ejercicio de la actividad bancaria por los extranjeros en el derecho español*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1981, página 4.

<sup>20</sup> *“A tenor de nuestro ordenamiento jurídico, al Banco de España le competen facultades inspectoras y de control (artículos 1.5, 43 y 43 bis de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito). Las normas de esta Ley son normas de ‘ius cogens’ o de obligado cumplimiento, que junto con el resto del ordenamiento jurídico exigen que las entidades de crédito desarrollen su actividad en todo momento con*

órganos especializados de la Administración<sup>21</sup>, no obstante lo cual la actividad bancaria no puede calificarse en puridad como un “servicio público”.<sup>22</sup>

---

*solvencia y garantía: ello es así porque a medida que las entidades de crédito desarrollan su actividad, están en juego intereses de terceros (clientes) que son protegidos por el ordenamiento jurídico. Por ello, está plenamente justificada la intervención de la Administración (artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito)” (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 1997/9699).*

<sup>21</sup> *“La actividad bancaria es una actividad controlada, lo que supone que el ordenamiento jurídico establece intervenciones concretas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades bancarias privadas (...). De ahí que estas entidades deban comunicar al Banco de España determinadas situaciones sometidas a autorización: este control significa un complemento para que la veracidad de la actividad bancaria permita a los depositantes y clientes del banco de que se trate y al público en general (no puede olvidarse que una gran parte de la actividad de los bancos consiste en captación de pasivo), sea una realidad. Todo ello explica la exigencia de que los bancos privados estén sometidos a la intervención y control que significan las circulares, las instrucciones y las directrices del Banco de España (artículo 1.5 de la Ley 26/1988) y a la inspección y control del Banco de España (artículo 43 bis de la citada Ley 26/1988)” (STS 23 de septiembre de 1998, RJ 1988/8170).*

<sup>22</sup> Nigro señala que para poder calificar la actividad bancaria como un servicio público debería asumirse una noción objetiva del mismo, en la medida en que es desempeñado por entidades mercantiles privadas. Nigro, M., y Martín-Retortillo, Sebastián, *La disciplina publicista del crédito*, CEDAM, Padova, 1970.

Por su parte, Villar Palasí califica la actividad bancaria como “*actividad privada disciplinada, en el sentido de que sin tratarse de una nacionalización ni la declaración de un servicio público, pues regula actividades de derecho privado, sometidas por tanto a la economía social de mercado, se pone énfasis en el adjetivo de social, de composición de intereses por la Administración pública, en cumplimiento de la vinculación social (Sozialgebundenheit) de la propiedad*”. Villar Palasí, Jose Luís, *Medidas de intervención y sustitución*, en *RDBB*, número 28, 1987, página 731.

Este régimen de intervención, común, por otra parte, a todos los países desarrollados, se orienta a conseguir los siguientes objetivos<sup>23</sup>:

*a) Protección de la estabilidad del sistema financiero*<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> *“La supervisión pública de las entidades de crédito constituye sin duda uno de los aspectos más destacados de la intervención de los poderes públicos en la economía (...). Este conjunto de medidas se ha justificado tradicionalmente en base a la necesaria consecución de objetivos como garantizar la estabilidad del sistema financiero, el buen funcionamiento de los sistemas de pago, la situación de los usuarios del sistema, así como en relación a las medidas de control de la política monetaria”.* Pareja i Lozano, Carles, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, páginas 13-14.

<sup>24</sup> *“Banking regulation has often been put in place with several -and sometimes conflicting objectives in mind, such as promoting strong national financial institutions, offering consumer protection, assisting industrial and/or regional development and preserving financial stability, in particular the safeguarding of the payment and settlement system. This has led in the past to tight and widespread regulation, ranging from interest rate ceilings and branching restrictions to capital requirements and deposit insurance. While some of the most stringent rules such as interest rate controls and branching restrictions have by now been largely eliminated in OECD countries, the sector remains nevertheless one of the most intensely regulated across countries. In parallel, the main objectives of regulation have generally become more narrowly focused, with the main emphasis put on crisis prevention, in particular on limiting systemic risks should one or more institutions get into trouble”.* De Serres, Alain, Kobayakawa, Shuji, Sløk, Torsten y Vartia, Laura, *Regulation of Financial Systems and Economic Growth*, OCDE, París, 2007, páginas 10 y 11.

Las entidades de crédito son particularmente vulnerables a crisis de confianza (“pánicos bancarios”)<sup>25</sup> dado su elevado nivel de “apalancamiento” financiero (esto es, su dependencia de recursos ajenos, procedentes del público minorista o de los mercados de capitales) y la presencia de un descalce temporal (“décalage”) entre sus pasivos (depósitos exigibles a la vista, en su mayoría) y sus activos (préstamos o créditos cuyo reembolso está sometido a plazos, en algunos casos, como el hipotecario, muy prolongados).<sup>26</sup> Existe a este respecto un amplio<sup>27</sup> consenso doctrinal respecto del potencial de “contagio” de las dificultades (reales o supuestas) de concretas instituciones al conjunto del sistema financiero (“riesgo sistémico”), con potenciales efectos adversos sobre la política monetaria<sup>28</sup>, el sistema de pagos<sup>29</sup> y la economía real<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> *“Three interrelated characteristics (...) may justify why financial systems can be more vulnerable to systemic risk than other sectors of the economy: the structure of bank balance sheets, the complex network of exposures among financial institutions and the intertemporal character of financial contracts and related credibility problems.”* De Bandt, Olivier, y Hartmann, Philipp, *Systemic Risk: A Survey*, European Central Bank Working Paper No. 35, 2000, página 6.

<sup>26</sup> *“By the nature of their business, banks tend to be highly leveraged and incur a mismatch in the maturity of assets and liabilities, which make them susceptible to deposits runs.”* Carstens, Agustin, Hardy, Daniel, Pazarbasioglu, Ceyla, *Banking Crisis in Latin America and the Political Economy of Financial Sector Policy*, Seminar “Governments and Banks: Responsibilities and Limits”, IDB-IIC Annual Meeting, Lima, Peru, 2004, página 15.

<sup>27</sup> Amplio, aunque no unánime. Véase más adelante la escuela del “free banking”.

<sup>28</sup> La Ley 13/1994, de 1 de junio, atribuye al Banco de España la ejecución de la política monetaria acordada por el Sistema Europeo de Bancos Centrales, a cuyo efecto podrá realizar operaciones de crédito con entidades financieras y demás participantes en el mercado, basando las mismas en garantías adecuadas (artículo 9.1.b). Por tanto, en la medida en que la política monetaria se instrumenta fundamentalmente a través de las

---

denominadas “operaciones de mercado abierto” con entidades de crédito, la solvencia de las mismas se configura como un factor relevante.

<sup>29</sup> Las entidades de crédito cumplen un papel esencial en los modernos sistemas de pagos, por lo que debe evitarse que las dificultades, transitorias o sustantivas, de una institución se “contagien” al conjunto del sistema económico a través de un colapso de la “cadena de confianza”.

<sup>30</sup> *“Bank (depository institutions) failures are widely perceived to have greater adverse effects on the economy and thus are considered more important than the failure of other types of business firms. In part, bank failures are viewed to be more damaging than other failures because of a fear that they may spread in domino fashion throughout the banking system, felling solvent as well as insolvent banks. Thus, the failure of an individual bank introduces the possibility of system-wide failures or systemic risk. This perception is widespread. It appears to exist in almost every country at almost every point in time regardless of the existing economic or political structure. As a result, bank failures have been and continue to be a major public policy concern in all countries and a major reason that banks are regulated more rigorously than other firms.”* Kaufman, George, *Bank Failures, Systemic Risk and Bank Regulation*, The Cato Journal, Vol. 16, No. 1, 1996. El autor niega, sin embargo, que estas percepciones estén fundadas.



Consecuentemente, la regulación bancaria<sup>31</sup>, sin perjuicio de la posible asistencia del Banco central en caso de dificultades transitorias (actuando como “prestamista de último recurso”), se orienta a reforzar la solidez de las entidades de crédito exigiendo la implantación de políticas activas de gestión del riesgo (con procedimientos adecuados y límites en materia de concentración) y el mantenimiento de unos determinados ratios patrimoniales (expresados en el denominado coeficiente de solvencia).

En el presente trabajo analizaremos, en primer lugar, la legislación vigente, para pasar posteriormente a los instrumentos de emergencia a que los supervisores han debido recurrir en la actual crisis financiera (en la que la inestabilidad ha adquirido carácter sistémico) y, finalmente, revisaremos algunas propuestas de reforma orientadas a reforzar la estabilidad del sistema financiero (que, a pesar de todas las cautelas, ha demostrado, una vez más, ser intrínsecamente inestable).

*b) Protección de la integridad del sistema financiero*

---

<sup>31</sup> *As the overarching policy objective (of financial regulation), one may identify the overall stability of the financial system, a central element aimed at the build up of public confidence in the absence of which no financial system is able to function or to survive. Although there are many intermediate objectives – especially relating to e.g. the solvency of the institutions, or the protection of the interests of depositors, investors or policy holders -the ultimate aim consists of ensuring financial stability as a core “public good”. As evidenced by repeated financial crises, this public good obviously cannot be delivered by the markets on their own: there has to be some form of involvement of the public authorities, of guidance restricting business activity to safeguard overall stability.” Wymeersch, Eddy, *The Structure of Financial Supervision in Europe. About single, twin peaks and multiple financial supervisor*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, noviembre de 2006, página 4.*

La potencial implicación en esquemas de blanqueo de capitales puede dañar la integridad del sistema financiero, afectando negativamente a la percepción que los mercados o, más genéricamente, la opinión pública, tienen de las entidades de crédito.

En este punto, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea<sup>32</sup> viene destacando el denominado “riesgo-reputación” definido como la posibilidad de que publicidad negativa relativa a las prácticas comerciales de una entidad cause una pérdida de confianza del público en la integridad de la misma. Debe enfatizarse que se trata de un riesgo sumamente relevante dado que la naturaleza del negocio bancario exige mantener la confianza tanto de los mercados (depositantes, obligacionistas, accionistas) como de las autoridades supervisoras.

Este riesgo debe gestionarse primariamente a través de un conocimiento adecuado del cliente, exigido en la actualidad por la normativa de prevención del blanqueo de capitales.<sup>33</sup>

En el presente trabajo, analizaremos tanto la legislación vigente en la materia, como el recientemente presentado proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que supondrá una notable actualización de este ámbito de actuación pública.

### *c) Protección de los depositantes*

---

<sup>32</sup> *Customer Due Diligence for Banks*, Comité de Supervisión Bancaria, Basilea, 2001.

<sup>33</sup> “Los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial. Asimismo, adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información” (artículo 3.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre).

Los depositantes carecen por regla general de la información imprescindible para realizar un análisis del “riesgo relativo” de las distintas instituciones, por lo que resulta imprescindible que las autoridades especializadas verifiquen el cumplimiento por las entidades de las normas de disciplina, en particular de las relativas a su solvencia. Como señala el TS, *“La especial actividad que desarrollan estas entidades de crédito, que captan recursos entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquélla, pone de relieve, como indica la Exposición de Motivos de la Ley 26/1988, la absoluta necesidad de someter las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general, mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos”* (STS de 2 de febrero de 1998, RJ 1988/1292).

No obstante, es importante destacar que en este punto la Administración ejerce tanto una función de heterotutela de los depositantes como de autotutela patrimonial en la medida en que las situaciones de crisis de las entidades de crédito pueden implicar quebrantos económicos para el Estado a través del Fondo de Garantía de Depósitos, como ha puesto de manifiesto patentemente la actual crisis financiera.

*d) Protección del cliente bancario*

Este punto recibió una novedosa regulación por parte de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (Ley Financiera) que reguló tres órganos administrativos específicos de nueva creación, los denominados Comisionados para la Defensa de los Clientes de Servicios Financieros, adscritos respectivamente al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de

Pensiones, con la finalidad expresa de proteger los derechos del usuario de servicios financieros en el ámbito respectivo.

En el presente trabajo analizaremos este régimen de protección (que ya anticipamos que es, creemos, claramente deficiente), examinaremos los muy reales conflictos de intereses con la supervisión prudencial y propondremos algunas líneas de reforma.

*La escuela del "free banking": ¿una alternativa viable a la regulación de las entidades de crédito?*

La necesidad de someter a la industria bancaria a una regulación y supervisión estrictas por parte de los poderes públicos ha sido durante todo el siglo XX un axioma pacíficamente aceptado tanto por los juristas como por los teóricos económicos. Sin embargo, a lo largo de las dos últimas décadas ha surgido en los Estados Unidos una denominada "escuela de banca libre" que, partiendo de un análisis histórico de ciertos mercados bancarios decimonónicos, ha puesto en cuestión los fundamentos del marco regulatorio existente.

Básicamente, estos autores<sup>34</sup> señalan que las restricciones vigentes en materia de acceso y ejercicio de la actividad bancaria suponen una asignación ineficiente de recursos que no se traduce en una mayor solvencia, estabilidad o integridad de las instituciones financieras, dada la existencia de un "riesgo moral" en la conducta tanto de los depositantes como de los banqueros<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, Glasner, David, *Free Banking and Monetary Reform*, CUP, Cambridge, 1989.

<sup>35</sup> "Depositors were more careful in choosing banks, and banks correspondingly, in order to attract cautious customers, had to be more careful in choosing their asset portfolios than banks are today in the presence of deposit guarantees and a lender of last resort. Banks did

Aunque estas posiciones radicales pueden calificarse de claramente minoritarias, incluso entre aquellos sectores doctrinales más liberales<sup>36</sup>, creo que tienen el mérito de poner de relieve el “riesgo moral” derivado del actual régimen de disciplina bancaria: la confianza en la existencia de una “garantía implícita” del Estado (que, en la actual crisis, se ha transformado con frecuencia en una verdadera garantía “explícita”), ha conducido a los mercados a exigir a los gestores bancarios

---

*sometimes fail. But bank failures were almost never contagious, or prone to spread to sound banks, for several reasons. Each bank tried to maintain an identity distinct from its rivals, and was able to do so when it was not compelled by any regulation to hold a similar asset portfolio. Depositors then had no reason to infer from troubles at one bank that the next bank was in trouble. Banks were generally well capitalized, so that fear of insolvency was remote. In some cases banks had extra capital 'off the balance sheet' in the sense that shareholders contractually bound themselves to dig into their own personal assets to repay depositors and note-holders in the event that the bank's assets were insufficient. Banks diversified their assets and liabilities well, being free of line-of-business and activity restrictions.” White, Lawrence, *Banking Without Regulation*, en *The Freeman*, 1993, Vol. 43.10.*

<sup>36</sup> Desde una perspectiva diferente, se ha venido indicando la creciente penetración de la legislación financiera por parte de la propia industria bancaria, dando lugar a fenómenos de “captura del regulador”: “La ortodoxia de la regulación financiera parte de un permanente diálogo entre los supervisores y la industria. Gobernadores y banqueros hablan el mismo idioma y comparten los mismos objetivos. La relación con los lobbies de la industria facilita el desarrollo del marco legal por parte de los supervisores. A su vez, la industria recibe de los supervisores una aplicación de la normativa amable con sus intereses. Este permanente dialogo ha llevado a un régimen financiero disfuncional en el que no se garantiza la protección de los inversores y en el que queda amenazada la propia existencia del mercado. Algo habría que cambiar.” Zunzunegui, Fernando, *El déficit del Informe de Larosiére*, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, marzo de 2009.

rendimientos crecientes *a corto plazo* sin tener en cuenta que ello podía suponer poner en peligro la solvencia y estabilidad de las instituciones.

En este contexto, como ha puesto de manifiesto la quiebra de Lehman Brothers, la intensa imbricación de los operadores que caracteriza a los modernos mercados financieros convierte en inviable la estrategia de permitir que actúen los mecanismos ordinarios de resolución de las situaciones de insolvencia empresarial. En caso de dificultades de una gran institución financiera las autoridades supervisoras se verán (se han visto, en la práctica) en la necesidad de articular una estrategia de “rescate” que, con casi con total certeza, supondrá la aportación de financiación pública. En estos casos, resulta indispensable evitar situaciones de “riesgo moral”, que no harían sino favorecer en el futuro idénticas estrategias de asunción excesiva de riesgos; o, en otros términos, si resulta inevitable “rescatar” a una institución financiera, ello no debería suponer “rescatar” con el dinero del contribuyente a los accionistas<sup>37</sup> y directivos responsables de su mala gestión.

#### **1.4. Evolución histórica de la regulación bancaria española<sup>38</sup>**

---

<sup>37</sup> Puede parecer excesivo considerar a los accionistas “responsables” de la mala gestión cuando la evidencia muestra que su influencia es extremadamente reducida en la toma de decisiones de las grandes empresas mercantiles (entre las que se encuentran los bancos). Sin embargo, aunque el accionista *individual* no ejerce una influencia significativa sobre los directivos, sí lo hacen los mercados (esto es, el comportamiento *colectivo* de los accionistas), y éstos han demandado en los últimos años políticas *agresivas*, sin tener en cuenta los riesgos que éstas implicaban.

<sup>38</sup> Las citas legales del presente capítulo siguen los textos literales contenidos en el *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la Novísima Legislación de España en todos los ramos de la Administración Pública*, Madrid, 1914.

Haciendo abstracción de precedentes más remotos<sup>39</sup>, la regulación bancaria española nace íntimamente vinculada a la ordenación de los bancos de emisión<sup>40</sup>, esto es, aquellos autorizados para emitir papel moneda ("billetes al portador pagaderos a la vista"<sup>41</sup>, como los describían las normas reguladoras del privilegio

---

<sup>39</sup> Puede consultarse, a estos efectos, la interesante exposición de Santiago Muñoz Machado en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, páginas 896 y siguientes.

Véase, también, Martín Oviedo, José María, *Ordenación legal del sistema financiero español*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, páginas 29 y siguientes.

<sup>40</sup> En este sentido Martín Oviedo que destaca que la regulación bancaria surge al hilo del privilegio de emisión: *"La moderna legislación bancaria se inicia como reflejo de la progresiva intervención del Estado en esta actividad, operándose así el tránsito de las puras normas mercantiles anteriores a otras de neto carácter administrativo. El punto de ataque de esta nueva regulación viene constituido, en todos los países, por la restricción del privilegio de emisión de moneda, siguiéndole luego los distintos aspectos clave de la actividad bancaria que, entre tanto, habían conocido una poderosa expansión"*. Martín Oviedo, José-María, *Derecho bancario español*, Ed. Publibanif, Madrid, 1977, página 11.

<sup>41</sup> A este respecto ha de tenerse en cuenta que, inicialmente, los billetes de banco eran plenamente convertibles a metálico, tratándolos la ley como deudas inmediatamente exigibles a la bancos: *"Merecerán en todo caso el concepto de acreedores de los Bancos por depósitos voluntarios los tenedores de sus billetes y los que los fuesen por saldo de cuenta corriente con los mismos establecimientos"* (artículo 23 de la Ley de 28 de enero de 1856). Este régimen fue alterado por las Leyes de 20 de enero de 1939, que privó de curso legal a las monedas de plata, disponiendo su canje por billetes del Banco de España, y de 9 de noviembre de 1939, que estableció que los referidos billetes eran, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio: se pasa, en definitiva, a un régimen monetario caracterizado por la emisión de papel moneda inconvertible a metálico y de curso forzoso (aceptación preceptiva en todas las transacciones públicas y privadas).

de emisión<sup>42</sup>). A este respecto no deja de ser significativo que normas esenciales en el devenir histórico del derecho crediticio español, como las Leyes de Ordenación Bancaria de 1921 y 1946, se aprobaran *precisamente* al vencimiento de los correspondientes plazos del privilegio de emisión concedido al Banco de España.

#### 1.4.1. El monopolio de los bancos de emisión

Aunque el Código de Comercio de 1829 preveía la constitución de bancos previa autorización real (artículo 411), durante la primera mitad del siglo XIX se impuso una orientación claramente restrictiva, que se acentuó durante la década moderada: el Real Decreto de 25 de febrero de 1847 fusiona los Bancos de Isabel II y de San Fernando<sup>43</sup>, la Ley de Sociedades por Acciones de 1848 reserva a las Cortes la

---

<sup>42</sup> Así, la Real Orden de 6 de febrero de 1880 dispuso que *“terminantemente debe obligarse a las mismas Sociedades de crédito a que sus valores a la orden o al portador sean a fecha y con amortización fijas a fin de que no puedan hacer concurrencia ni confundirse en su circulación con los billetes del Banco de España, únicos que, como queda dicho, representan la circulación fiduciaria legal, y son pagaderos al portador y a la vista”*.

<sup>43</sup> *“Cuando comenzó la crisis financiera de 1846 el Banco de Isabel II se encontraba sin fondos para hacer frente a las demandas de los ahorradores deseosos de retirar sus depósitos. El pánico se extendió a toda la banca, de modo que el Ministro de Hacienda, Ramón de Santillán, propuso la fusión de ambas entidades, como único remedio, según se lee en la Memoria elaborada al efecto, ‘de hacer cesar la hostilidad que entre los dos establecimientos existía permanentemente con grandes perjuicios para ambos, y no menos para el público, que al fin habría de sufrir los efectos de la catástrofe que cada día se hacía más inminente’. El proceso de fusión concluyó con la creación del Banco Español de San Fernando mediante Real Decreto de 25 de febrero de 1847. Lo mismo que el de San Fernando se creó para paliar los problemas del de San Carlos, el Banco Español de San Fernando se creó para poner fin a la crisis del de Isabel II. Los dos bancos se fusionaban para dar origen a una nueva entidad que ponía en común sus derechos y obligaciones. La*



autorización para la creación de nuevos bancos, y la Ley de 4 de mayo de 1849 confirma el privilegio del Banco de San Fernando como único emisor<sup>44</sup>. Frente a ello, las presiones del capital extranjero, especialmente francés, van a motivar a partir de la revolución de 1854 una restringida apertura del sistema crediticio español.

#### 1.4.2. Apertura limitada: las leyes de 28 de enero de 1856

Efectivamente, frente a la orientación restrictiva de las leyes de 1848 y 1849, la regulación establecida en 1856 supuso una liberalización, siquiera limitada, del sistema bancario español. El 28 de enero de 1856 se aprueban dos leyes, centrada la primera en los “bancos de emisión y de descuento” y la segunda en las “sociedades de crédito”.

---

*práctica totalidad del capital del nuevo banco, según la solución adoptada, habría de aplicarse al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el de Isabel II, lo que aún resultó insuficiente para sostener el pánico financiero”. Muñoz Machado, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 929.*

<sup>44</sup> No obstante, se admitía la pervivencia como bancos de emisión, en sus respectivos ámbitos territoriales, de los de Barcelona (Ley de 1 de mayo de 1844) y Cádiz (Real Decreto de 25 de diciembre de 1846). Por su parte, el Banco de San Fernando se había fusionado con el Banco de Isabel II mediante Real Decreto de 25 de febrero de 1847, poniendo fin a la prolongada disputa entre ambos.

Sin perjuicio de mantener los bancos existentes (San Fernando<sup>45</sup>, Barcelona y Cádiz)<sup>46</sup>, la primera Ley de 28 de enero de 1856 permitirá la constitución de nuevas entidades: *“Las concesiones para la creación de Bancos se harán por Reales Decretos, acordados en Consejo de Ministros, previa la oportuna información y después de oído el Tribunal contencioso-administrativo o el que hiciere sus veces, publicando los estatutos y reglamentos, después de aprobados, en la Gaceta del Gobierno”* (artículo 8). Régimen plenamente concesional<sup>47</sup>, en consecuencia,

---

<sup>45</sup> El Banco de San Fernando recibe el nombre de Banco de España y ve prorrogado su privilegio: *“El Banco Español de San Fernando tomará en lo sucesivo el nombre de Banco de España. Su duración será la de veinticinco años, a contar desde la publicación de la presente ley”* (artículo 1).

<sup>46</sup> *“Los Bancos de Barcelona y Cádiz continuarán funcionando hasta el término de su concesión”* (artículo 2).

<sup>47</sup> Martín Oviedo parece considerarlo un supuesto autorizatorio, no concesional: *“La creación de nuevos Bancos de emisión nace por autorización administrativa, otorgada por Real Decreto, dentro de un amplio campo discrecional”*. Martín Oviedo, José-María, *Derecho bancario español*, Ed. Publibanif, Madrid, 1977, página 11.

Ciertamente, la ley utiliza incidentalmente el término “autorización” (así, en el artículo 4: *“Transcurridos tres meses desde la publicación de esta ley sin que se haya solicitado autorización para crear Banco particular...”*), no obstante lo cual, la expresa referencia del artículo 8 a *“las concesiones para la creación de bancos”*, junto con la intensa intervención que supone la figura del “comisario regio” (artículos 18 y 20) abonan la tesis de que nos hallaríamos ante un supuesto concesional.

Para Franch i Saguer el carácter concesional del título habilitante encontraría su fundamento en el privilegio de emisión: *“Un análisis exhaustivo de los artículos 4 y siguientes de la Ley de 1856 nos permite establecer que el instrumento jurídico estatal por el que se otorga la habilitación para la creación de un banco es una ‘concesión’*. La razón

quedando sometidos los concesionarios a la superior vigilancia del comisario regio (v. infra). Evidentemente, la posibilidad de creación de bancos mediante Real Decreto suponía una flexibilización respecto del rígido esquema de autorización legal establecido en 1848, si bien, curiosamente, y seguramente como reminiscencia del régimen anterior, la Ley de 1856 mantenía la intervención parlamentaria en caso de crisis de la institución (*"Si antes de cumplirse el término de la concesión de un Banco quedase reducido su capital a la mitad, el Gobierno propondrá a las Cortes las nuevas condiciones con que deba continuar, o bien la disolución o liquidación del mismo"*, artículo 22).

No obstante, aunque se rompía el rígido monopolio de la época anterior, no se optaba por un régimen de plena libertad o competencia (como posteriormente haría la Ley de 11-19 de octubre de 1868) dado que se establecía la existencia en las distintas plazas de un único banco de emisión: *"En cada localidad sólo podrá crearse un establecimiento de emisión, bien sea Banco particular, bien sucursal del de España. Transcurridos tres meses desde la publicación de esta ley sin que se haya solicitado autorización para crear Banco particular en alguna o algunas de las capitales mencionadas en el artículo 3 (Alicante, Bilbao, Coruña, Málaga, Santander, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza), el Banco de España optará por establecer o no sucursal"* (artículo 4).

Análogamente al Banco de España, estas nuevas entidades tenían la doble condición de bancos comerciales (*"Los Bancos se ocuparán en descontar, girar, prestar, llevar cuentas corrientes, ejecutar cobranzas, recibir depósitos, contratar con el Gobierno y sus dependencias competentemente autorizadas, sin que quede*

---

*de ello es que el acto administrativo por el que se otorga la habilitación para su creación concede además la posibilidad de emitir papel-moneda. Como hemos mencionado, ésta es una actividad propia del Estado, el cual la cede manteniendo la titularidad."* Franch i Sagner, Marta, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, página 218.

*nunca en descubierto*", artículo 14) y bancos de emisión (*"El Banco de España, los de Cádiz y Barcelona, y los que se constituyan en la Península e islas adyacentes, en virtud de la presente ley, quedan facultados para emitir una suma de billetes al portador igual al triple de su capital efectivo, teniendo la obligación de conservar en metálico en sus cajas la tercera parte, cuando menos, del importe de los billetes emitidos"*, artículo 9). Consecuentemente, aunque la Ley los denominaba "bancos particulares", al igual que en el Banco de España<sup>48</sup> la intervención pública era intensa a través de la figura del comisario regio: *"El Gobierno de S. M. nombrará un gobernador para el Banco de España, y los comisarios regios de los de Cádiz, Barcelona y demás que se creen en puntos en que no existan sucursales del Banco de España"* (artículo 18). *"Será cargo especial del gobernador del Banco de España, comisarios regios de los demás establecidos, o que se establecieren, (...) cuidar de que constantemente existan en caja y cartera, metálico y valores realizables, cuyo plazo no exceda de noventa días, bastantes a cubrir sus débitos por billetes, cuentas corrientes y depósitos"* (artículo 20). Se preveía, además, la obligación de los bancos de emisión de publicar mensualmente el estado de su situación (artículo 21) y de mantener un fondo de reserva equivalente al 10 por 100 de su capital efectivo (artículo 22). No obstante, a pesar de ello, algunos de estos bancos, especialmente a partir de la profunda recesión económica de 1864, tuvieron una existencia azarosa: las operaciones del Banco de Valladolid fueron suspendidas por Real Orden de 7 de agosto de 1867, y el Banco de Cádiz fue disuelto por Ley de 21-23 de marzo de 1870 por hallarse en el caso previsto en el artículo 22 de la Ley de 28 de enero de 1856.

En la misma fecha que la Ley relativa a los bancos, se promulgó la Ley que regulaba las sociedades de crédito. Aunque su creación quedaba igualmente sujeta

---

<sup>48</sup> En el Banco de España, *"el Gobernador, nombrado libremente por el Gobierno, reúne el doble carácter de representante del Estado y de jefe superior de la administración del Banco"* (artículo 37 de los Estatutos aprobados por Real Decreto de 10 de diciembre de 1900).

a intervención administrativa, a diferencia de los bancos de emisión se establecía un régimen concurrencial, de modo que se permitía el establecimiento de una pluralidad de sociedades en la misma plaza. El control administrativo de estas entidades se reforzará a partir de la aprobación, mediante Real Decreto de 17 de enero de 1847, de su Reglamento de inspección, orientado según el Preámbulo a que *“periódicamente sean inspeccionadas las operaciones de las sociedades anónimas de crédito, sin perjuicio de poderlo verificar siempre que se considere oportuno o lo exija la situación de las entidades”*. Es interesante destacar que, conforme al propio Preámbulo del Real Decreto, *“el fin que el Gobierno se propone es aplicar a esta clase de Compañías la inspección que viene ejerciéndose sobre las concesionarias de obras públicas”*, lo que pone de manifiesto los acusados caracteres iuspublicistas con que se concibe la posición jurídica de las sociedades de crédito, que quedan asimiladas a la relación de sujeción especial propia de los concesionarios. No obstante, prosigue el Preámbulo, *“el Gobierno desea conciliar la vigilancia que imponen las leyes, con la más amplia y absoluta libertad de las Compañías para llevar a cabo su objeto social, si bien dentro de la órbita que les marquen sus estatutos especiales, dejando a los accionistas, como corresponde, el deber de velar por sus intereses y de examinar los actos de los Administradores que nombran con entera independencia y reservándose tan sólo el Gobierno el cuidado de que las Compañías en sus operaciones no traspasen el círculo de sus facultades”*. Consecuentemente, las potestades atribuidas a los inspectores serán *“exclusivamente de vigilancia”*, de modo que éstos *“se abstendrán de todo acto administrativo que pueda embarazar la marcha de la Compañía, limitándose siempre a hacer constar las faltas que encuentren y a ponerlas en conocimiento del Ministerio de Hacienda”* (artículo 15 del Reglamento).

1.4.3. De la liberalización total (Ley de 19 de octubre de 1869) a la “circulación fiduciaria única” (Decreto-ley de 19 de marzo de 1874)

La regulación establecida por las Leyes de 1856 subsistirá básicamente hasta la caída del régimen isabelino. En ese momento, como consecuencia de la Revolución de 1868, accede al poder una nueva clase política, de orientación decididamente liberal y sin conexiones con el “establishment” económico que rodeaba a la reina destronada.

La apertura del sistema bancario, que se inicia con la supresión mediante Decreto-ley de 10 de diciembre de 1868 de los comisarios de bancos previstos en el artículo 18 de la Ley de 28 de enero de 1856<sup>49</sup>, culmina con la Ley de 19 de octubre de 1869 que, conforme a las orientaciones liberalizadoras de la Revolución, declara *“libre la creación de bancos territoriales agrícolas y de emisión y descuento, y de sociedades de crédito y de préstamos hipotecarios”* (artículo 1). El desarrollo del negocio de banca (que incluía la posibilidad de emitir billetes al portador de admisión voluntaria en las operaciones mercantiles) se sujetó únicamente a dos requisitos formales: la consignación en documento notarial y la publicación en la Gaceta de Madrid.

Sin embargo, la liberalización de la emisión de papel moneda gozará de corta vida. Curiosamente, será el mismo ministro (Sr. Echegaray) que había inspirado la apertura operada en 1869, quien menos de cinco años más tarde impulse el Decreto-ley de 19 de marzo de 1874<sup>50</sup> que otorgará al Banco de España<sup>51</sup> el

---

<sup>49</sup> No obstante, se declaraban subsistentes *“ínterin otra cosa no se determine, el gobernador y subgobernador del Banco de España y un delegado del Gobierno cerca del de Barcelona, con las atribuciones que les confieren los respectivos estatutos de dichos establecimientos”* (artículo 1).

<sup>50</sup> El Decreto-ley declara expresamente subsistentes en relación con el Banco de España una serie de artículos de la Ley de 28 de enero de 1856: 11 (limitación de la responsabilidad de los accionistas al importe de sus acciones respectivas), 12 (régimen de los extranjeros), 13 (no sujeción a represalia de los fondos depositados), 18 (nombramiento

monopolio de la emisión: “Se establece por medio de un Banco Nacional la circulación fiduciaria única, en sustitución a la que hoy existe en varias provincias por medio de Bancos de emisión, a cuyo fin el de España, creado por la ley de 28 de enero de 1856, se reorganizará con un capital de 100 millones de pesetas (...). Su duración será de treinta años” (artículo 1). “El Banco funcionará en la Península e islas adyacentes como único de emisión debidamente autorizado y con el carácter de nacional. Tendrá la facultad de emitir billetes al portador por el quíntuplo de su capital efectivo, debiendo conservar en sus cajas en metálico, barras de oro o plata, la cuarta parte cuanto menos del importe de los billetes en circulación” (artículo 2).

Establecida, por tanto, la “circulación fiduciaria única” o monopolio de emisión en favor del Banco de España<sup>52</sup>, los billetes de éste serán, en adelante, los únicos de

---

de gobernador), 19 (consejo de gobierno), 20 (facultades del gobernador), 21 (publicación mensual del estado de situación), 22 (disolución o liquidación) y 23 (carácter de acreedor por depósito voluntario de los tenedores de billetes y titulares de cuenta corriente). Asimismo, en tanto no se opongan al Decreto, se declaran vigentes los Estatutos del Banco de España (aprobados éstos por Real Orden de 6 de mayo de 1856 fueron, sin embargo, prontamente sustituidos por los aprobados por Real Decreto de 10 de agosto de 1875).

<sup>51</sup> Según la Exposición de Motivos del Decreto, “tres objetos principales ha de llenar el nuevo establecimiento: 1º. Recoger las inmensas masas de valores que como pedazos de patrimonio nacional andas divididas y dispersas en prenda de múltiples operaciones, y darles vida al amparo de nuevos y sólidos capitales. 2º. Realizar la circulación fiduciaria única, pero voluntaria y garantida siempre por reservas metálicas. 3º. Venir eficazmente en ayuda del comercio, llevando el beneficio del descuento y de la emisión, primero, al mayor número posible de nuestras plazas, y más tarde, a medida que el país se tranquilice, a todas ellas”.

<sup>52</sup> No dejó de ser controvertido este monopolio: “En vista de las constantes reclamaciones formuladas ante este Ministerio, unas veces por el Banco de España, que considera lesionados sus intereses y vulnerados los derechos de la exclusiva emisión de billetes al

curso legal (no forzoso dado que únicamente eran de admisión obligatoria en los pagos al Estado<sup>53</sup>, rigiendo entre particulares la libertad de contratación<sup>54</sup>). Consecuentemente, se declaran en liquidación los restantes bancos de emisión existentes (artículo 4)<sup>55</sup> y se priva de curso legal a los billetes emitidos por los mismos (artículo 5)<sup>56</sup>.

---

*portador pagaderos a la vista, que le fue concedida por el Decreto-ley de 19 de marzo de 1874, y otras por los Bancos regionales o Sociedades de crédito no anexionados, que desconociendo quizá la forma en que han de verificar sus emisiones no se han atemperado a lo que sobre el particular previene el artículo 9 de la Ley de 19 de octubre de 1889...*" (Real Orden de 6 de febrero de 1880). Como consecuencia de ello, se dictó la Real Orden de 16 de julio de 1881 disponiendo que las obligaciones emitidas por las sociedades de crédito se ajustaran al modelo de los pagarés de comercio con objeto de evitar su confusión con los billetes del Banco de España, aunque el problema no debió hallar definitiva solución dado que, con el mismo objeto, se dictaría posteriormente la Real Orden de 16 de enero de 1893.

<sup>53</sup> *"Los billetes del Banco de España serán admitidos en pago de contribuciones, bienes nacionales, derechos de Aduanas y demás ingresos establecidos y que en lo sucesivo se establezcan"* (artículo 9).

<sup>54</sup> En el sistema del Código Civil, *"el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España"* (artículo 1170).

<sup>55</sup> *"Se declaran desde luego en liquidación todos los Bancos de emisión y descuento que hoy existen en la Península e islas adyacentes. En el término de treinta días, a contar desde la publicación de este decreto, optarán los Bancos que en la actualidad existen en provincias por su anexión al de España, pudiendo aportar al mismo el todo o parte de sus capitales efectivos y fondos de reserva en metálico, en equivalencia de los cuales recibirán acciones del Banco de España a la par, como compensación de la caducidad de sus respectivos privilegios"*. Aunque el precepto no lo mencione expresamente, también pudieron optar los bancos de emisión por convertirse en sociedades de crédito.



No obstante obtener el privilegio de emisión (renovado por veinticinco años mediante Ley de 14 de julio de 1891), el Banco de España mantuvo un carácter netamente comercial, describiendo el Decreto-ley sus funciones en términos extremadamente amplios<sup>57</sup>: *“El Banco de España se ocupará en descontar, girar, prestar, llevar cuentas corrientes, ejecutar cobros, recibir depósitos voluntarios, necesarios y judiciales cuando así se disponga<sup>58</sup>, así como en contratar con el Gobierno y sus dependencias debidamente autorizadas, sin que quede nunca en descubierto con arreglo a sus estatutos”* (artículo 10), funciones que, por lo demás, el Banco interpretó extensivamente.<sup>59</sup> La consecuencia, más evidente de esta doble

---

<sup>56</sup> *“A los tres meses de la fecha del presente decreto quedarán sin curso legal los billetes de los Bancos de provincia, debiendo las Comisiones liquidadoras de los mismos recoger los billetes que después de este plazo queden en circulación. A los cuatro meses pasarán al Gobierno las referidas Comisiones estados de liquidación, para proceder a su vista a lo que corresponda.”* Estos plazos fueron prorrogado en tres meses “con asentimiento del Banco de España” por Decreto de 11 de junio de 1874.

<sup>57</sup> Sin embargo, *“no podrá el Banco hacer préstamos sobre sus propias acciones, ni anticipar al Tesoro sin garantías sólidas y de fácil realización. Tampoco podrá negociar en efectos públicos”* (artículo 11). A pesar de ello, las relaciones del Banco de España con el Tesoro serán intensas, colocándose éste en situación de casi perpetuo deudor, situación que se agravará con las guerras coloniales.

<sup>58</sup> Así se dispuso mediante Decreto 24 de marzo de 1874.

<sup>59</sup> *“(El Banco de España) descontaba y redescontaba letras, fueran comerciales o no fueran; hacía préstamos y abría cuentas de crédito con garantía personal, pignoratícia e hipotecaria y prácticamente no tenía valladar alguno para las colocaciones de dinero. Ciertas cortapisas que le imponían en este aspecto sus Estatutos eran salvas en la práctica, y así la prohibición de descontar y redescontar efectos a plazo superior a tres*

naturaleza del Banco fue la extraordinaria cuantía de sus beneficios, obtenidos, a decir de algunos, en detrimento de su función esencial como banco emisor, situación que, por lo demás, se mantuvo hasta 1942, y a la que quizá no fuera ajena la influencia política del Banco.<sup>60</sup>

---

*meses – que lleva implícita la idea de exigir que las letras sean comerciales – la salvaba dando la forma de letras renovables a préstamos personales para negocios de inversión a largo plazo. Lo mismo hacía en los préstamos y cuentas de crédito; pólizas a tres meses, renovables, cubrían operaciones para instalar o ampliar negocios, adquirir maquinaria, etcétera. La prohibición estatutaria de abrir créditos con garantía hipotecaria, la orillaba igualmente abriendo créditos personales y admitiendo después las hipotecas como superposición de garantía”. Olariaga, Luis, La ordenación bancaria en España, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1946, página 12. Efectivamente, aunque el artículo 18 de sus Estatutos (aprobados por Real Decreto 18 de julio de 1922) prohibía al Banco “aceptar hipotecas”, inmediatamente se excepcionaba la “superposición de garantía respecto de operaciones hechas en condiciones reglamentarias y cuya futura solvencia ofrezca tal vez dificultad”.*

En definitiva, frente a lo que era propio de los restantes bancos de emisión europeos, el Banco de España continuó operando extensamente con particulares y financiando, mediante diversos subterfugios, inversiones a largo, a pesar de que sus normas orgánicas reiteraban la necesidad de operar a corto: *“El Banco hará préstamos, siempre con las formalidades legales, y por plazos que no excedan de noventa días”* (artículo 17 de los Estatutos aprobados por Real Decreto de 10 de diciembre de 1900; en idéntico sentido, el artículo 11 de los Estatutos aprobados por Real Decreto de 18 de julio de 1922).

<sup>60</sup> *“(…) debe notarse igualmente la constante vinculación y penetración de los intereses de los distintos Bancos emisores en las propias estructuras del Gobierno. Se trata de un auténtico proceso de apoderamiento del Poder político que, sobre todo, permitirá alcanzar y consolidar aquella situación de poder exento, tan frecuentemente logrado por el Banco o Bancos emisores (...). No obstante, no habrían de faltar Gobiernos que tratarían de fortalecer su posición política reduciendo los privilegios del Banco, bien que tales tentativas tuvieran siempre muy escaso éxito; puros intentos, que permiten constatar una realidad, así*

El régimen establecido por el Decreto-ley de 19 de marzo de 1874 pasó en esencia al Código de Comercio de 1885 (Real Decreto de 22 de agosto), que regula separadamente los bancos de emisión y descuento (artículos 177 a 183) y las compañías de crédito (artículos 175 y 176). En relación con los primeros, su carácter de entidades “de emisión” es puramente teórico, dado el reconocimiento que se hace del monopolio de emisión a favor del Banco de España (*“Los bancos podrán emitir billetes al portador, pero su admisión en las transacciones no será forzosa. Esta libertad de emitir billetes al portador continuará, sin embargo, en suspenso mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta por Leyes especiales el Banco Nacional de España”*), respondiendo su configuración, antes bien, a las características propias de la banca comercial: el artículo 177 enumera entre las operaciones de los bancos los descuentos, depósitos, cuentas corrientes, cobranzas, préstamos y giros, y el artículo 178 les prohíbe hacer operaciones a más de noventa días. En cuanto a las compañías de crédito, aunque algunos autores han sostenido que responden al esquema de la banca industrial o de

---

*como la exactitud de aquella afirmación que muchos años más tarde se formularía de que ‘el Banco de España acostumbra a derribar Ministros de Hacienda...’. Resistencia constante frente a cualquier tipo de proyecto que buscara establecer una más directa participación del Gobierno en la gestión del Banco o, al menos, una mayor fiscalización de sus actuaciones”*. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, banca y cajas de ahorros. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, páginas 51 y 52.

Como ha señalado Muñoz Machado, *“las relaciones entre el Gobierno y el Banco de España estuvieron plagadas de problemas durante mucho tiempo. Se buscaron soluciones que concluyen en la Ley Cambó. A primeros de siglo proliferaban las críticas, que ha recordado J. VELARDE, sobre el funcionamiento del Banco de España, muy extendidas en la prensa y los políticos de la época”*. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 933.

negocios, la enumeración de sus operaciones contenida en el artículo 175 incluye asimismo operaciones propias de la banca comercial<sup>61</sup>.

En la práctica, sin embargo, las disposiciones del Código de Comercio relativas a las compañías de crédito no llegaron a tener virtualidad alguna<sup>62</sup>, pues fueron los

---

<sup>61</sup> Si los números 1 a 6 pueden efectivamente calificarse como operaciones de banca industrial ("*1ª. Suscribir o contratar empréstitos con el Gobierno, corporaciones provinciales o municipales. 2ª. Adquirir fondos públicos y acciones u obligaciones de toda clase de empresas industriales o de compañías de crédito. 3ª. Crear empresas de caminos de hierro, canales, fábricas, minas, dársenas, almacenes generales de depósito, alumbrado, desmontes y roturaciones, riegos, desagües y cualesquiera otras industriales o de utilidad pública. 4ª. Practicar la fusión o transformación de toda clase de sociedades mercantiles y encargarse de la emisión de acciones u obligaciones de las mismas. 5ª. Administrar y arrendar toda clase de contribuciones y servicios públicos y ejecutar por su cuenta o ceder, con la aprobación del Gobierno, los contratos suscritos al efecto. 6ª. Vender o dar en garantía todas las acciones, obligaciones y valores adquiridos por la sociedad y cambiarlos cuando lo juzgaren conveniente.*"), los cuatro restantes responden más bien a los esquemas de la banca comercial ("*7ª. Prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual especie. 8ª. Efectuar por cuenta de otras sociedades o personas toda clase de cobros o de pagos, y ejecutar cualquier otra operación por cuenta ajena. 9ª. Recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico, y llevar cuentas corrientes con cualesquiera corporaciones, sociedades o personas. 10ª. Girar y descontar letras u otros documentos de cambio.*").

<sup>62</sup> "El Código de Comercio de 1885 no hizo sentir tampoco su influencia en el desenvolvimiento de las empresas bancarias; es cierto que esbozó las líneas básicas de un sistema bancario y dedicó una sección a las compañías de crédito, pero sus preceptos permanecieron de hecho inaplicados" (de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1962, de 14 de abril).

bancos de descuento los que asumieron simultáneamente las actividades de banca comercial e industrial. Surge así, al margen del Derecho, el modelo de banca mixta al que se adscribirán, en definitiva, las entidades de crédito españolas.

#### 1.4.4. La orientación corporativista: la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921

La Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921, promovida por Cambó, a la sazón Ministro de Hacienda, supuso un notable avance en materia de disciplina del crédito (se ha llegado a afirmar que *“hasta 1921 en España no existía una política bancaria”*)<sup>63</sup>. La orientación de la Ley era eminentemente liberal de modo que la inscripción en la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada tenía carácter estrictamente voluntario. No obstante, una vez inscrito, el banco quedaba obligado al cumplimiento de las normas emanadas del Consejo Superior Bancario: se inicia con ello un proceso de “corporativización” de la normativa bancaria que se acentuará durante la Dictadura de Primo de Rivera.

Pocas veces la estrecha vinculación existente entre los aspectos monetarios y la regulación bancaria ha sido tan evidente como en esta Ley, sancionada cuarenta ocho horas antes de la expiración del monopolio de emisión renovado al Banco de España por la Ley de 14 de julio de 1891.<sup>64</sup> Esta vinculación es incluso explicitada

---

<sup>63</sup> Rodríguez Sáiz, Luis, Parejo Gamir, José Alberto, y Cuervo García, Álvaro, *Manual de Sistema Financiero Español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, página 47.

En idéntico sentido Abella Poblet: con la Ley de 1921 *“comienza el proceso de sometimiento de la profesión de banquero a ciertas normas”* (Abella Poblet, Enrique, *Bancos y banqueros. Statu quo*, Ed. Tecniban Madrid, 1970, página 2).

<sup>64</sup> *“La facultad exclusiva para emitir billetes al portador, concedida al Banco de España por la Ley de 14 de julio de 1891, hasta el 31 de diciembre de 1921, se prorroga por otros*

por Cambó en el Preámbulo del Proyecto, al señalar que era preciso “aprovechar” la ocasión de la prorrogación del privilegio *“para dar a todo el complejo mecanismo del crédito la estructura que demanda el interés público y que las nuevas necesidades de la economía nacional exigen con apremio. Y entre estas últimas aparece con especial relieve la que se refiere a la Banca privada, cuya expansión y prestigio son absolutamente indispensables para impulsar y presidir el desarrollo de nuestra economía”*. La consecuencia de este enfoque será la aprobación, al hilo de la renovación del privilegio de emisión, de una verdadera normativa de ordenación bancaria<sup>65</sup>, lo que explica que la Ley de 1921 presente una estructura harto peculiar, integrada por dos artículos, relativo el primero al “régimen del Banco de emisión” y el segundo al “régimen de la Banca privada”, artículos que, a su vez, aprueban una serie de “bases” (trece el primero y siete el segundo).

En relación con el estatus del Banco de España, la Ley atiende a tres finalidades fundamentales: (1ª) Atribuir al Estado una participación directa en los beneficios del banco emisor, con independencia de la percepción de los impuestos de carácter general. Si en anteriores ocasiones la renovación del monopolio del Banco de España se había condicionado a la concesión al Tesoro de diversos empréstitos y anticipos<sup>66</sup>, en adelante *“como compensación extraordinaria a la prorroga del*

---

*veinticinco años, que terminarán el 31 de diciembre de 1946, ejerciéndola el Banco como único de emisión en el territorio nacional y en las posesiones españolas”*.

<sup>65</sup> Martín Oviedo la considera la “primera” ordenación bancaria. Martín Oviedo, José-María, *Derecho bancario español*, Ed. Publibanif, Madrid, 1977, página 13.

<sup>66</sup> Éstos, no obstante, se prorrogan: “A) Continuará hasta el 31 de diciembre de 1946 el anticipo sin interés de 150 millones de pesetas que el Banco de España hizo al Tesoro público en virtud del artículo 4º de la Ley de 14 de julio de 1891. B) No será exigible hasta el 31 de diciembre de 1946 el préstamo de 100 millones representado por pagarés procedentes de Ultramar, devengando el interés de 2 por 100 anual sobre la cantidad no

*privilegio de emisión que se otorga en esta ley, el Estado participará en la distribución de los beneficios del Establecimiento...*" (Base tercera del artículo 1º).<sup>67</sup>

(2ª) Regular la acción interventora en el cambio internacional y en el mercado monetario (Base séptima del artículo 1º)<sup>68</sup>. (3ª) Estimular la adopción gradual por el Banco de España del tipo clásico de "banco de bancos", con la consiguiente limitación de sus operaciones directas (esto es, las realizadas con particulares). Con este propósito, se establece a favor del Estado una percepción directa en las

---

*reembolsada (...). C) Continuará el crédito de Tesorería hasta la cantidad de 350 millones de pesetas, en las condiciones establecidas en los artículo 2º y 3º del Real Decreto de 7 de octubre de 1920 (...)"*.

<sup>67</sup> Mientras el dividendo no excediera del 10% del valor nominal de las acciones, el Estado no percibiría sino los impuestos legalmente establecidos, incrementándose a partir de ahí la participación estatal hasta un máximo del 52% del remanente, una vez las acciones hubieran percibido un dividendo del 20%.

Téngase en cuenta que, además, el Banco de España quedaba obligado a entregar al Tesoro el importe de los billetes no presentados al cobro correspondientes a series retiradas (Base undécima del artículo 1º).

<sup>68</sup> *"En el caso de que el Gobierno, con arreglo a las facultades que las leyes le concedan, por espontáneo y singular acuerdo o en virtud de concierto internacional en el que participe España, decida ejercer una acción interventora en el cambio internacional y en la regularidad del mercado monetario, el Banco de España, si esta intervención se efectúa por su mediación o con su intervención, participará en la misma proporción que el Estado en las operaciones a que dicha política dé lugar."* No obstante, también se permitía que la acción interventora se confiara a organismo distinto del Banco de España.

operaciones de descuento sujetas a bonificación forzosa (Base novena del artículo 1º).<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Este punto quizá merece una breve explicación. Como hemos señalado anteriormente, el Banco de España operaba extensamente con particulares, lo que lo alejaba del modelo comparado de “banco de bancos”, esto es, aquel que efectúa sus operaciones a través de intermediarios profesionales (entidades de crédito, corredores, instituciones financieras, en general), siendo éstos, a su vez, los que interactúan con el público. Consiguientemente, la ley de 1921 intenta poner coto a esta práctica mediante un doble procedimiento: (1) bonificando las operaciones de descuento cuando las realiza la banca privada inscrita (Base octava del artículo 1º) y (2) penalizando estas operaciones cuando las practica directamente el Banco de España: *“Los descuentos para los cuales se establece el régimen de bonificación forzosa en la base anterior, en cuanto los efectúa el Banco de España con particulares, Sociedades o Corporaciones que no disfruten del régimen de bonificación, darán lugar a una percepción a favor del Estado”* (Base novena del artículo 1º).

Se trataba, no obstante, de medidas extremadamente tímidas, como por otra parte reconocía el propio Preámbulo de la Ley (*“...un sistema de disposiciones encaminadas a que el Banco de España, por suave evolución que evite los trastornos que de otra suerte se provocarían, vaya adoptando el tipo clásico de Banco de Bancos, estableciendo una serie de estímulos para que el Banco de España, a medida que los desenvolvimientos de la Banca privada lo permitan, vaya limitando el volumen de sus operaciones directas y extienda cada día más las que realice a través y por mediación de la Banca privada que entre dentro del régimen de ordenación que en la segunda parte del proyecto se establece”*), por lo que sus efectos prácticos fueron limitados. A este respecto, no deja de resultar significativo que los nuevos Estatutos de 1922 (Real Decreto de 18 de julio), aprobados precisamente para adaptar al Banco de España a la nueva ordenación, mantuvieran una descripción extraordinariamente amplia de las operaciones permitidas a la institución: *“Además de las operaciones reguladas en los precedentes artículos puede el Banco realizar, ajustándose siempre a las Leyes y Reglamentos, todas las operaciones habituales de la Banca, compra y venta de metales preciosos, giro en todas sus formas, traslado de fondos y valores de unas a otras cajas, servicio de cobros y pagos por cuenta ajena, y en general, el de comisión mercantil en asuntos bancarios”* (artículo 18).



Regulado el régimen del banco emisor, el artículo 2º de la Ley aprueba siete bases que constituyen el primer intento consciente de instaurar en España un sistema moderno de regulación de la banca privada, si bien, como veremos inmediatamente, con una acusada orientación corporativista<sup>70</sup>.

Efectivamente, la Base primera establece en el Ministerio de Hacienda la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada, constituida por un órgano unipersonal, el Comisario regio, nombrado por el Gobierno por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, y un órgano colegiado, el Consejo Superior Bancario, representativo de los intereses de la "comunidad bancaria española". Sin embargo, la separación entre ambos órganos, unipersonal y colegiado, es, en buena medida, artificial, pues el Comisario, es, esencialmente, el Presidente del Consejo<sup>71</sup>, cuyos acuerdos sanciona o suspende<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Como ha señalado certeramente Tomás-Ramón Fernández, *"la cultura política de la época hacía impensable utilizar, ni siquiera en la variante más light de las imaginables, la fórmula del servicio público para organizar desde ella el sector bancario. En términos de poder, tampoco era posible. Sólo había un modo, por lo tanto, de asegurar la imprescindible disciplina bancaria y la dirección pública última de la actividad: un pacto implícito con los afectados, según el cual, si bien la actividad bancaria quedaba, en principio, abierta a cualquiera, sólo tendrían acceso al respaldo del Banco de España los bancos inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros; inscribirse en ese Registro era formalmente voluntario, quien lo hiciese podría encontrar en el Banco de España un prestamista de última instancia, pero...quedaría sujeto, por el solo hecho de la inscripción, a un control público estricto de su actividad."* Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, número 150, Madrid, septiembre-diciembre de 1999, páginas 61-62.

<sup>71</sup> A este respecto es sumamente significativo que el artículo 25 del Reglamento de la Ley (Real Decreto de 13 de junio de 1922), al enumerar las funciones del Comisario, las vincule

En este esquema, el Consejo Superior Bancario se conforma como un órgano representativo de naturaleza corporativa<sup>73</sup> que ejerce funciones públicas, con

---

en todo caso al Consejo Superior Bancario: *“Corresponde al Comisario: 1º. Presidir el Consejo Superior Bancario y sus sesiones, convocándolas y dirigiendo las discusiones y las votaciones. 2º. Representar al Gobierno en el Consejo Superior Bancario. 3º. Representar al Consejo Superior Bancario ante el Gobierno. 4º. Llevar la representación del Consejo Superior Bancario o del Gobierno en los actos jurídicos de todas clases, judiciales o extrajudiciales que se sigan de la aplicación de la Ley y de este Reglamento. 5º. Sancionar los acuerdos del Consejo Superior Bancario o interponer su veto suspensivo. 6º. Ejecutar los acuerdos del Consejo Superior Bancario que no hayan tenido su veto. 7º. Recabar la aprobación del Gobierno para los acuerdos del Consejo Superior Bancario que lo necesiten. 8º. Ordenar los pagos. 9º. Firmar las actas y poner su visto bueno a los certificados que por orden suya expida el secretario (del Consejo Superior Bancario)”*.

<sup>72</sup> *“El Comisario regio tendrá la Presidencia del Consejo Superior Bancario, con facultad de suspender sus acuerdos, sometiéndolos en este caso a la resolución del Ministro, y autorizará con su firma los acuerdos del Consejo Superior Bancario”* (Base segunda del artículo 2º).

En definitiva, Comisaría y Consejo se identifican, siendo, en la práctica, indistinguibles.

<sup>73</sup> *“El Consejo estará integrado por un Vocal, nombrado por el Banco de España, con el carácter de Vicepresidente, quien desempeñará las funciones de Presidente en defecto de éste; por dos Vocales, nombrados por cada una de las zonas bancarias, y uno, nombrado por la Junta consultiva de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación”* (Base tercera del artículo 2º). Quedaba, en consecuencia, asegurada la preeminencia del propio sector bancario, que de los nueve vocales designa seis (dos por cada una de las zonas bancarias existentes: del Centro, del Norte y de Barcelona).

El carácter corporativo del régimen establecido para la banca inscrita resulta particularmente evidente a la luz del régimen de admisión: *“La inscripción (en la Comisaría*

carácter general y por Ministerio de la Ley, respecto de la banca inscrita<sup>74</sup>, y, excepcionalmente y por delegación del Gobierno, en relación con toda la banca privada<sup>75</sup> operante en España.<sup>76</sup>

---

*de Ordenación) se solicitará por escrito al comisario, quien presentará la solicitud a la decisión del Consejo Superior Bancario” (artículo 12 del Reglamento). Esto es, la decisión sobre la admisión de nuevas entidades se atribuye a la banca establecida, a la que cabe suponer poco inclinada a favorecer la aparición de competidores. Ello supuso la práctica identificación entre “banca inscrita” y “banca establecida”, pues ésta accedió en bloque a la Comisaría: “El Consejo (Superior Bancario) (...) propondrá al Ministro de Hacienda la aprobación del Reglamento, inspirado en los principios de esta Ley, y en el cual se consagrará el derecho de todos los Bancos y banqueros actualmente adscritos a las Asociaciones bancarias del Centro, del Norte y de Barcelona, para inscribirse en la Comisaría, sometiéndose a las normas que establezca el Consejo Superior Bancario” (disposición transitoria de la Ley).*

En definitiva, la ordenación realizada por la Ley de 1921 supone la decidida cartelización de la banca española, de modo que las conductas colusorias son dotadas de fuerza normativa. Véase a este respecto la competencia atribuida al Consejo Superior Bancario por el artículo 19.13 del Reglamento: *“Convertir en acuerdos las medidas que repute convenientes para fortalecer la concentración y distribución bancaria, fortalecer la inmunidad de sus asociados contra las perturbaciones extraordinarias en los negocios y afirmar la coherencia en el movimiento económico bancario entre la Banca privada y el Banco de emisión.”* Se inicia así el camino que conducirá a la total cristalización del sistema bancario español en el “statu quo” de la posguerra.

<sup>74</sup> Véase la enumeración de funciones del Consejo respecto de la banca inscrita en el artículo 19 del Reglamento.

<sup>75</sup> Las atribuciones del Consejo respecto de toda la Banca privada se contienen en el artículo 18 del Reglamento.

La ordenación establecida por la Ley se articula, en consecuencia, sobre el concepto de banca inscrita. Aunque el ingreso en esta “comunidad bancaria”, estrictamente limitada a la banca privada española<sup>77</sup>, es voluntario<sup>78</sup>, la Ley fomenta

---

<sup>76</sup> *“El Consejo Superior Bancario es el órgano de regulación y de representación de todos los Bancos y banqueros inscritos en la Comisaría. Lo será también de toda la Banca privada en el desempeño de las tareas que, siendo propias del Gobierno, reciba de éste en delegación”* (artículo 11 del Reglamento).

No obstante, en principio, las facultades normativas en relación con la banca no inscrita son retenidas por el Gobierno: *“Dictará el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, las medidas previstas por la Ley de Ordenación Bancaria para la Banca no inscrita en la Comisaría. Al Consejo Superior Bancario incumbe a este respecto una labor de información y consejo”* (artículo 7 del Reglamento).

Sin embargo, la dicotomía banca inscrita-banca no inscrita no rige en materia de publicidad contable pues *“toda la Banca privada, nacional o extranjera, operante en España está sometida a la publicación obligatoria de sus balances y del extracto de su cuenta de Pérdidas y Ganancias”* (artículo 6 del Reglamento). Corresponderá al Consejo Superior Bancario *“proponer al Gobierno la forma en que deben establecerse y publicarse los balances de todos los Bancos y banqueros españoles y Sucursales y Delegaciones de Bancos extranjeros establecidos o que se establezcan en España; publicación de balances que habrá de hacerse dentro de los treinta días siguientes al de su fecha”* (Base cuarta del artículo 2º).

<sup>77</sup> Quedan excluidas de la banca inscrita: (1) la banca oficial, (2) las cajas de ahorros y (3) la banca extranjera. En este punto es interesante destacar que la regulación distingue entre banca privada en España y banca privada española: *“La Banca privada en España está integrada por todos los Bancos y banqueros no oficiales, cualquiera que sea la forma de su constitución jurídica y la nacionalidad de las leyes de su creación, que se dediquen en territorio español a efectuar las operaciones bancarias. No forman parte de la Banca española las Cajas de Ahorro sometidas al protectorado del Gobierno”* (artículo 1 del

la inscripción mediante una serie de incentivos, tanto económicos (régimen de bonificaciones<sup>79</sup>) como institucionales (participación en el Consejo del Banco de España<sup>80</sup>).

---

Reglamento). De la banca privada en España, quedan excluidos del acceso a la Comisaría los bancos extranjeros, considerándose como tales aquellos que, aun estando domiciliados en España y creados con arreglo a las leyes españolas se hallaren en alguno de los siguientes casos: (a) que todos, o la mayoría de los puestos directivos, estén desempeñados por ciudadanos extranjeros; (b) que celebren sus Juntas fuera de España, y (c) que sin encontrarse taxativamente en alguno de los casos anteriores, estén en relación notoria de dependencia directa respecto a un banco o empresa extranjera (artículo 3). Se trata de un régimen verdaderamente peculiar, que excepciona la legislación civil, para la que gozan de nacionalidad española las personas jurídicas domiciliadas en España (artículo 28 CC).

<sup>78</sup> *"La inscripción en la Comisaría será voluntaria y sólo podrán pertenecer a la misma los Bancos y banqueros españoles"* (Base sexta del artículo 2º). En sentido idéntico el artículo 12 del Reglamento: *"El ingreso de un Banco o banquero españoles en esta comunidad bancaria se realiza por la inscripción en la Comisaría, y es libre y voluntario."*

<sup>79</sup> *"El Banco de España concederá una bonificación en el interés que tenga establecido para los descuentos en cuanto estas operaciones las realice a través y por medio del redescuento de los Bancos, banqueros y Sociedades de crédito adscritos al régimen que se establece en el artículo 2º de esta ley. Esta bonificación será del 1 por 100 cuando el interés que aplique el Banco a las respectivas operaciones sea el de 5 por 100 o tipo superior, y se reducirá en caso de ser inferior al 5 por 100 en la proporción necesaria, para que equivalga a una quinta parte del tipo de interés que aplique el Banco para sus operaciones directas. Igual régimen de bonificación, pero limitada a un tipo invariable del 1/2 por 100, se concederá para las operaciones con garantías de valores a que los Bancos, banqueros y Sociedades antes indicados presten su aval (...)"* (Base octava del artículo 1º). Se prevé, asimismo, la facultad para concertar con el Estado un régimen especial para el establecimiento del cheque cruzado y del cheque de viaje y para obtener un concierto para el impuesto de timbre sobre cheques y talones (Base sexta del artículo 2º).

En relación con la banca inscrita, el Consejo Superior Bancario se configura como un órgano ordenador de amplísimas facultades: *“Las normas que el Consejo acuerde y el Comisario regio sancione<sup>81</sup>, serán, mientras no sean derogadas o modificadas, de observancia obligatoria para toda la Banca inscrita, y su infracción podrá dar lugar, además de a las sanciones que en Reglamento se establezcan<sup>82</sup>, a la eliminación del infractor de la inscripción en la Comisaría<sup>83</sup>, con pérdida de todos*

---

<sup>80</sup> *“El Consejo del Banco de España se ampliará con tres Consejeros nombrados por los Bancos y banqueros sujetos al régimen de intervención (...)”* (Base décima del artículo 1º). En sentido idéntico, el artículo 36 de los Estatutos del Banco de España de 1922.

<sup>81</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que la no interposición de veto expreso y razonado en el plazo de ocho días equivalía a la sanción de los acuerdos, aunque el Comisario hubiera votado en contra (artículo 32 en relación con el artículo 33, ambos del Reglamento).

<sup>82</sup> Conforme al artículo 16 del Reglamento, *“el Consejo Superior Bancario podrá aplicar las siguientes sanciones a los Bancos y banqueros inscritos en la Comisaría: 1ª. Apercibimiento. 2ª. Privación temporal del derecho de sufragio activo y pasivo, ya en la constitución del Consejo, ya en la de las Cajas de Compensación. 3ª. Recargo en la cuota anual hasta el duplo. 4ª. Separación de la comunidad bancaria.”*

<sup>83</sup> Esta última sanción requiere, no obstante, la conformidad del Ministro de Hacienda: *“La separación forzosa será fundada y habrá de acordarse por el Consejo Superior Bancario como consecuencia de la infracción de alguna de las normas por él establecidas en circunstancias que, en opinión del Consejo Superior Bancario, revistan al hecho de una notoria gravedad. El comisario suspenderá la publicación del acuerdo de separación forzosa hasta que el Ministro de Hacienda le haya prestado su conformidad”* (artículo 14 del Reglamento).

*los derechos y ventajas que se enumeran en la Base sexta*” (Base cuarta del artículo 2º). Esta facultad normativa se atribuye en términos amplísimos, pues incluye no sólo la aprobación de aquellas disposiciones de carácter general que “*se estimen necesarias o convenientes para el interés público*”, sino también la fijación de capitales mínimos, fondos de reserva y tipos máximos de interés abonable a las cuentas corrientes, imposiciones, bonos y demás conceptos similares (Base cuarta del artículo 2º). La inspección del cumplimiento de la normativa se atribuye al Banco de España<sup>84</sup>, si bien, en una nueva manifestación del carácter extremadamente corporativo del régimen establecido, aquel no actuará de oficio o por iniciativa del Ministerio de Hacienda (al que, al menos teóricamente, está adscrita la Comisaría), sino a instancia del Consejo, órgano al que se dará cuenta y que asumirá los costes de la inspección.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> *“Toda inspección que tenga que efectuarse en algún Banco o banquero inscrito para comprobar la inobservancia de alguna de las normas establecidas, se confiará precisamente al Banco de España”* (Base cuarta del artículo 2º). Obsérvese que se hace referencia a “toda” inspección, con lo que parece excluirse la posibilidad de que por parte del Ministerio de Hacienda se acuerden o practiquen otras inspecciones. Esta limitación, completada con la previsión de que el Banco de España actuaría a petición del Consejo Superior Bancario (v. infra), configuraba, en definitiva, un ámbito plenamente exento de interferencias exteriores en favor de la banca inscrita.

<sup>85</sup> *“La inspección de un Banco o banquero será practicada por el Banco de España a petición del Consejo Superior Bancario, y de su resultado se dará cuenta por el Banco de España al Consejo Superior Bancario. Los gastos que cause la inspección serán soportados por el Consejo Superior Bancario”* (artículo 39 del Reglamento).

Aunque la pertenencia a la banca inscrita es libre y, consiguientemente se admite que un socio solicite la separación voluntaria, ésta “*no podrá ser motivo para eludir una inspección ya acordada, o que se hallare en tramitación, o que estuviese sometida a la deliberación del Consejo*” (artículo 13 del Reglamento).

La orientación corporativista de la Ley de Ordenación Bancaria de 1921, se veía, no obstante, matizada por la libertad reconocida a la banca no inscrita: libertad de establecimiento (pues seguía en vigor el régimen liberal establecido en 1869) e inmunidad, salvo excepciones, respecto de las normas aprobadas para la banca inscrita por el Consejo Superior Bancario. Sin embargo, este régimen se verá notablemente alterado durante la Dictadura por el Decreto-ley de 25 de mayo de 1926 pues: (a) *“en lo sucesivo nadie podrá usar la denominación de Banco o banquero sin autorización del Ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario”* y (b) *“la competencia del Consejo Superior Bancario se extiende tanto a la Banca inscrita como a la no inscrita”*.

En consecuencia, el Real Decreto-ley de 25 de mayo de 1926 acaba con la distinción entre banca inscrita y no inscrita, estableciéndose de forma definitiva la intervención administrativa en la creación de nuevos bancos. “Administrativa” aunque con ribetes corporativos dada la existencia de un informe vinculante del Consejo Superior Bancario: *“La mecánica establecida aparece como una reserva de autorización que, si formalmente se daba por el Ministerio de Hacienda, sustantivamente es la propia corporación bancaria, organizada en torno al Consejo Superior Bancario, quien decida”*.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Michavila, J.M., *Autorizaciones*, en *Estudios de Derecho público*, Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (Director), CEURA, Madrid, 1987.

El Consejo Superior Bancario presentaba una naturaleza mixta, pues el Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto de 8 de febrero de 1927, lo consideraba expresamente como *“órgano de regulación y de representación de todos los Bancos y Banqueros inscritos”*, reconociéndole funciones no sólo consultivas sino, asimismo, normativas y ejecutivas.



Esta “corporativización” llega a su paroxismo con el Decreto de 17 de mayo de 1940 (convertido posteriormente en Ley de 30 de diciembre de 1940) que establece el denominado “*statu quo bancario*”: se asume como inmutable la situación existente en vísperas de la guerra civil de tal forma que únicamente quedan autorizados a tomar depósitos “...*aquellos establecimientos que (estuvieran) ejerciendo de hecho la función bancaria en territorio español con anterioridad al 18 de julio de 1936...*”. Como consecuencia de ello, se prohíbe la creación de nuevas entidades e, incluso, se sujeta a control el establecimiento de oficinas o agencias por las entidades existentes: “*Solo podrán solicitar la apertura de nuevas sucursales los Bancos y banqueros privados que actualmente ejerzan la profesión bancaria de derecho y de hecho*” (artículo 2 del Decreto de 13 de abril de 1945).

#### 1.4.5. La Ley de 31 de diciembre de 1946

La Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 (en adelante LOB) se dicta, nuevamente, con ocasión de la expiración del monopolio de emisión de papel moneda, que había sido prorrogado durante un plazo de veinticinco años por la Ley de 1921. La configuración del privilegio en la LOB presenta, sin embargo, dos importante novedades:

---

En definitiva, se atribuían competencias de naturaleza eminentemente pública a un órgano integrado por la banca establecida (la menos interesada, obviamente en la apertura del mercado bancario a nuevos operadores): “*el Consejo Superior Bancario, que formalmente funciona como órgano consultivo, (...) en la realidad actúa, según se ha puesto repetidamente de manifiesto, como una asociación patronal*”. Martín Mateo, Ramón, y Sosa Wagner, Francisco, *Derecho administrativo económico. El Estado y la empresa*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, página 75.

(1) La atribución al Banco de España se realiza en esta ocasión con carácter indefinido, poniendo fin al sistema de prórrogas sucesivas iniciado por el Decreto-ley de 1874.

(2) La concesión se articula como un acto de soberanía, excluyendo toda nota paccionada o contractual<sup>87</sup>, lo que, por otra parte, resultaba coherente con el carácter de *“medio legal de pago con pleno poder liberatorio”* que había atribuido a los billetes del Banco de España la Ley de 9 de noviembre de 1939, y que el artículo 11 LOB confirma. Efectivamente, si la configuración del privilegio sobre bases contractuales ya resultaba sumamente problemática con anterioridad, cuando los billetes del Banco de España eran convertibles a metálico y de admisión voluntaria, resultaba evidente que la naturaleza plenamente fiduciaria y la atribución de curso forzoso debían hacerse descansar ahora necesariamente en un acto de soberanía. Consiguientemente, en el sistema de la LOB las cifras de emisión no se fijan ya en función de las reservas metálicas del Banco de España, sino discrecionalmente por el poder público: *“El límite que podrá alcanzar la circulación de billetes será fijado por Ley publicada en el Boletín Oficial del Estado”* (artículo 11 LOB). Aunque se establecía que *“los anticipos al Tesoro público no podrán exceder del 12 por 100 de los créditos anuales autorizados en los presupuestos ordinarios y extraordinarios de gastos”* (artículo 22 LOB), el mismo precepto de la LOB preveía *“utilizar los recursos del Banco para las necesidades públicas por medio de una Ley”*. Naturalmente, ello condujo en las décadas sucesivas a elevadas tasas de

---

<sup>87</sup> *“(…) el privilegio de emisión, en toda circunstancia, y con más razón, si cabe, cuando su concesión entraña la facultad de crear moneda con pleno poder liberatorio, sin la contrapartida de una cobertura metálica, no debe ser objeto de contrato con el Estado, y es a éste, que confiere a la moneda circulante aquel poder, a quien toca, como función de pura soberanía, condicionar y regular la concesión y uso del citado privilegio”* (de la Exposición de Motivos).

inflación pues el Estado, dada la debilidad de su base fiscal, tendió a financiarse mediante el recurso a la circulación fiduciaria<sup>88</sup>, haciendo impracticable toda política monetaria.<sup>89</sup>

Al igual que en el caso de la Ley de 1921, al hilo de la regulación del régimen de la emisión monetaria, la LOB disciplina la banca privada, presentando, en

---

<sup>88</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 2/1962, de 14 de abril, lo reconoce en términos inusualmente francos: *"Mas las continuas demandas de crédito al Banco (de España), por parte del Estado, la colocación en aquél de las también constantes emisiones de Deuda a cambio de autorizaciones para elevar la cifra de la circulación fiduciaria y el fuerte incremento de la cifra de Deuda Pública, automáticamente pignorable con la paulatina pero progresiva monetización de tales títulos, operaron como fuerza impulsora de una expansión monetaria, que, junto a los beneficiosos efectos de las inversiones así financiadas, produjo en definitiva, tras alternativas varias, la desvalorización de la peseta, primero en el interior y más tarde en el exterior, y el agotamiento de las reservas de divisas."* Probablemente, la franqueza se debe a que la Ley 2/1962 fue impulsada desde los círculos tecnocráticos, responsables del Plan de Estabilización que trató de ordenar el marasmo monetario: *"A esta situación vino a poner remedio la política de estabilización, mediante la fijación de un tipo de cambio realista para la peseta, la radical supresión de las emisiones de Deuda pignorable a voluntad de su tenedor, la contención del ritmo expansivo del volumen del crédito bancario y el equilibrio de las finanzas públicas, entre otras medidas."*

<sup>89</sup> *"En la etapa autárquica, la política monetaria estuvo condicionada por la política de intervencionismo y proteccionismo económico, donde el comportamiento de la cantidad de dinero estaba determinado por el déficit presupuestario del sector público – financiado por medio de créditos del Banco de España y emisión de Deuda Pública pignorable – (...). Dado el comportamiento del sector público y la carencia de instrumentos de control, cualquier pretensión de controlar la cantidad de dinero resultaba imposible."* Parejo Gámir, José Alberto, Rodríguez Sáiz, Luís, y Cuervo García, Álvaro, *Manual de Sistema Financiero Español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, página 114.

consecuencia, una estructura análoga a aquélla, integrada por dos títulos, el primero “del Banco de emisión y de los demás Bancos oficiales”, (artículos 1 a 36) y el segundo “de la Banca Privada” (artículos 37 a 60).

En relación con el Banco de España, aunque se le califica, siquiera indirectamente, de banco “oficial”, se mantiene su accionariado privado<sup>90</sup>: si bien se concedía a los accionistas de la entidad una opción para ceder sus títulos al Estado contra pago de su importe al precio medio de la cotización oficial durante el quinquenio precedente, este expediente no se concebía como forma de publicación progresiva del Banco emisor, pues las acciones así adquiridas por el Estado habían de ser nuevamente enajenadas en Bolsa (artículo 31 LOB). En cualquier caso, aunque el precio de adquisición por el Estado se fijó mediante Orden de 13 de enero de 1947 en el 421,96 por 100 del valor nominal, escasísimos accionistas hicieron uso de la opción concedida.

No obstante conservar el carácter privado del Banco, la LOB acentúa notablemente la intervención del Gobierno, tanto institucional<sup>91</sup> como operativamente<sup>92</sup>. En

---

<sup>90</sup> Señala la Exposición de Motivos que *“la participación del capital privado, sin perjuicio de la intervención estatal, imprescindible en una función de primordial interés público, constituye la mejor expresión de esa continuidad a que se aspira y ha de ser, a la par, garantía de conducta y estímulo para una celosa administración.”* No deja de resultar curioso que en el ambiente extremadamente estatista de los años 40 se considerara la participación privada como “garantía de conducta” de la actuación pública.

<sup>91</sup> Tanto el Gobernador (artículo 3) como el Subgobernador (artículo 4) son nombrados y separados libremente por el Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda. Los dos Directores generales son nombrados por Decreto a propuesta, en terna, del Consejo del Banco (artículo 5). El Gobierno designa, asimismo, a cuatro consejeros, representantes del Estado en el Consejo General del Banco, del que también forma parte con carácter nato el Director general de Banca y Bolsa (artículo 6). Se crea la Delegación del Gobierno que,

particular, el Banco de España queda sometido a las orientaciones del Ministro de Hacienda<sup>93</sup>, al que corresponde primordialmente fijar la política de crédito<sup>94</sup>.

---

presidida por el Gobernador y constituida por el Director general de Banca y Bolsa y los cuatro consejeros representantes del Estado, conocerá, con la debida antelación, de los asuntos que, habiendo de ser examinados en las reuniones del Consejo y de las Comisiones, revistan especial importancia (artículo 10).

<sup>92</sup> *"El Gobernador podrá suspender la ejecución de los acuerdos del Consejo cuando no se ajusten a las leyes, a los Estatutos o al Reglamento. A la Delegación del Gobierno competirá igual facultad respecto de cualquier acuerdo que, a su entender, esté en contradicción con los intereses generales cuya defensa le corresponda. De estas determinaciones se dará cuenta inmediata al Ministro de Hacienda, para que resuelva lo procedente"* (artículo 6 LOB). Asimismo, *"El Banco (de España) necesitará autorización del Ministerio de Hacienda para la apertura de nuevas Sucursales y Agencias"* (artículo 28 LOB).

<sup>93</sup> Artículo 2 LOB: *"Corresponde al Ministro de Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Ministros, en relación con el Banco de España y sin perjuicio de las facultades que el presente texto y demás disposiciones legales le atribuyen: a) Dictar las normas generales de la política de crédito que deba seguir el Banco. b) Fijar el tipo de descuento de los efectos comerciales y del interés de las demás operaciones. c) Acordar la actuación del Banco en orden a la adquisición y enajenación, por su cuenta, de fondos y efectos públicos, en mercado abierto. d) Dar instrucciones, con carácter general, al Banco acerca de la mayor o menor amplitud con que haya de proceder, según las circunstancias, en la concesión de créditos, sin perjuicio de la facultad que a aquél corresponde para apreciar y decidir sobre la seguridad suficiente que cada caso ofrezca, y ateniéndose siempre a los requisitos exigidos por los Estatutos y el Reglamento."*

<sup>94</sup> *"Las normas generales de la política de crédito serán dictadas por el Ministro de Hacienda, previo acuerdo del Consejo de Ministros"* (artículo 42 LOB).

Por otra parte, aunque desde el punto de vista operativo el Banco de España se configura esencialmente como “banco de emisión”, *“teniendo a su cargo el régimen y administración del monopolio de billetes de curso legal”* (artículo 1 LOB)<sup>95</sup>, se mantiene su carácter comercial, autorizándolo legalmente para realizar las operaciones propias del tráfico bancario<sup>96</sup>. En relación con la banca privada, por el

---

<sup>95</sup> En sentido idéntico el artículo 11 LOB: *“Corresponderá al Banco de España la facultad exclusiva de emitir billetes de curso legal, al portador, que ejercerá, como único de emisión, en el territorio nacional y posesiones españolas.”*

<sup>96</sup> La Exposición de Motivos señalaba que el Banco de España *“realizará las operaciones y servicios propios de los Bancos de depósito y descuento”*. Consiguientemente, las operaciones comerciales del Banco se regulaban en los artículos 12-14 LOB:

Artículo 12 LOB: *“El Banco (de España) podrá, dentro de las normas a que se refiere el artículo 2 y ateniéndose a sus Estatutos, descontar y redescantar efectos cuyo vencimiento no exceda de 90 días; descontar cupones y títulos amortizados y conceder préstamos, tanto con garantía como personales, por plazos que no excedan de 90 días, pudiendo revestir la forma de cuentas corrientes de crédito y renovarse tácitamente por plazos iguales mientras dure la validez legal de la póliza, así como también sobre conocimientos de embarque y mercancías aseguradas. (...)”*.

Artículo 13 LOB: *“El Banco, ajustándose a lo prevenido en este texto y a las demás disposiciones legales y reglamentarias, abrirá cuentas corrientes en efectivo y de valores mobiliarios, especificando en éstas los títulos por clases, serie y numeración; admitirá depósitos y realizará, además, las operaciones de giro en sus varias formas, transferencias, traslado de fondos y valores, cobros y pagos por cuenta ajena y, en general, los servicios propios de la comisión mercantil en asuntos bancarios.”*

Artículo 14 LOB: *“Las tarifas de servicios y comisiones que aplique el Banco de España en sus operaciones directas con el público se ajustarán a las aprobadas por el Ministerio de Hacienda para las operaciones iguales de la Banca en general.”*

contrario, no obstante habilitársele para actuar como “prestamista de última instancia”<sup>97</sup>, no se le reconocen funciones supervisoras<sup>98</sup>.

El título segundo de la LOB reza “de la Banca Privada”, presentando escasas novedades respecto del régimen de ordenación que venía aplicándose<sup>99</sup>. Este régimen era básicamente el establecido por la Ley de 1921<sup>100</sup>, reformado en 1927 y

---

Régimen, pues, plenamente equiparado al de la banca privada, si bien, al igual que en la Ley de 1921, las operaciones directas con particulares daban lugar a una percepción a favor del Estado (artículo 17 LOB).

<sup>97</sup> Artículo 18 LOB: *“Considerará también (el Banco de España) como misión propia, cuando así lo aconseje el interés general, la de ofrecer a las instituciones de crédito que habiendo acomodado su actuación a las buenas prácticas bancarias se encuentren, en caso de crisis general o por otras circunstancias, con dificultades de tesorería, el concurso posible dentro de su órbita de acción y compatible con la seguridad de sus operaciones.”*

<sup>98</sup> No obstante, como excepción: (1) Los bancos estarán obligados a remitir al Banco de España sus balances y el extracto de su cuenta de pérdidas y ganancias (artículo 49 LOB en relación con el artículo 18 LOB). (2) Las inspecciones ocasionales acordadas por la Dirección General de Banca y Bolsa podrán realizarse utilizando personal de la propia Dirección o del Banco de España (artículo 47 LOB).

<sup>99</sup> La propia Exposición de Motivos destaca que la finalidad de la LOB no es tanto innovar como racionalizar y refundir la normativa existente: *“Trata (la Ley) luego de la Banca privada, tan estrechamente ligada al Instituto emisor, recopilando y refundiendo una multitud de disposiciones, hoy fragmentarias y dispersas, dictadas sobre la materia a partir de la Ley de Ordenación Bancaria (...)”*.

<sup>100</sup> De la Ley de 1921 procede, por ejemplo, la bonificación establecida en el artículo 15 LOB: *“Los Bancos y banqueros que figuren registrados como tales en la Dirección General de Banca y Bolsa y se hallen dentro de las condiciones que fije el Ministerio de Hacienda*

“cerrado” en 1938-1942. En particular, aunque se reconoce teóricamente la posibilidad de autorizar nuevos bancos (artículo 38)<sup>101</sup>, en la práctica se consagra el cierre del sistema alrededor del “*statu quo*” existente en 1936 (“*Continuarán aplicándose las disposiciones vigentes sobre prohibición de constitución de nuevas entidades bancarias y sobre la apertura de sus sucursales o agencias. La modificación o derogación del régimen establecido sólo podrá efectuarse por Decreto acordado en Consejo de Ministros*”, disposición transitoria segunda).

Desde la perspectiva institucional, la LOB reestablece<sup>102</sup> el Consejo Superior Bancario, si bien, a diferencia del régimen rígidamente corporativo de la Ley de 1921, sus funciones son aquí eminentemente<sup>103</sup> consultivas<sup>104</sup> y representativas<sup>105</sup>.

---

*disfrutarán sobre los efectos que presenten a redescuento, de una bonificación equivalente a la quinta parte del tipo de interés señalado por el Banco*”. Como novedad, esta bonificación se extiende a las Cajas Generales de Ahorro del Protectorado del Gobierno y a las Cajas rurales (artículo 16 LOB).

<sup>101</sup> Artículo 38 LOB: “*Nadie podrá ejercer el comercio de Banca ni usar la denominación de Banco o banquero sin figurar inscrito en el Registro de Bancos y banqueros, que estará a cargo de la Dirección General de Banca y Bolsa. Figurarán en dicho Registro: (...) c) Los que en adelante obtengan del Gobierno, previo informe del Consejo Superior Bancario, la expresada autorización*”.

<sup>102</sup> Sobre la base del órgano corporativo existente: “*Se declara extinguido el Comité Central de la Banca Española. En su lugar, y como continuación del mismo en cuanto se refiere a su organización administrativa y patrimonio, se crea el Consejo Superior Bancario*” (artículo 50 LOB). “*La adscripción de la Banca privada al Consejo Superior Bancario es obligatoria, incluso la de los Bancos extranjeros establecidos en España, los cuales, sin embargo, no tendrán voto en las elecciones para los cargos de dicho Consejo*” (artículo 52 LOB).

<sup>103</sup> Como excepción, el artículo 51.2º LOB atribuía al Consejo Superior Bancario la facultad de “*Interpretar las normas dictadas por el Ministerio de Hacienda sobre tarifas de los*



---

*servicios bancarios y vigilar su exacto cumplimiento, informando a la Dirección General de Banca y Bolsa de las infracciones o anomalías observadas*". Aunque esta facultad legal de "vigilancia" bien puede calificarse de cuasisupervisora, el Consejo, en abierto contraste con el régimen de la Ley de 1921, no es competente para sancionar directamente a los infractores.

<sup>104</sup> *"El Consejo Superior Bancario constituirá el órgano consultivo del Ministerio de Hacienda en las materias de Banca" (artículo 50 LOB). "Sin perjuicio de las facultades del Ministro de Hacienda y de la Dirección General de Banca y Bolsa, corresponderá al Consejo Superior Bancario: (...) 7º. Informar al Ministerio de Hacienda sobre las materias propias de su competencia, por iniciativa propia o a petición de aquél. De un modo especial, el Consejo Superior Bancario informará al Ministerio de Hacienda y a la Dirección General de Banca y Bolsa sobre las materias siguientes: reformas en la legislación bancaria, en las normas de actuación de observancia obligatoria y en los tipos máximos o mínimos de interés y de descuento en las diversas operaciones; concurrencia de los caracteres de derecho y de hecho en un determinado Banco; importancia de las plazas mercantiles y pueblos en donde se solicite la instalación de nuevas oficinas bancarias; modificación de las tarifas bancarias; presentación y publicación de los balances de los Bancos; normas generales de distribución de los dividendos activos en las entidades bancarias; regulación de las diversas operaciones bancarias activas y pasivas y de los servicios, y, en general, en los asuntos de interés o responsabilidad para la Banca operante en España o que en tal sentido proponga el Sindicato correspondiente" (artículo 51 LOB).*

<sup>105</sup> De conformidad con el artículo 51 LOB, correspondía al Consejo Superior Bancario: *"Servir ordinariamente de órgano de enlace entre el Ministerio de Hacienda y los Bancos y banqueros, trasladando a éstos las normas, acuerdos o recomendaciones que aquel Departamento le comunique" (4º), y "Elevar a los Ministerios correspondientes, las peticiones, informes y mociones de la Banca privada relativas a cuestiones de carácter general" (5º).*

Por el contrario, las potestades propiamente supervisoras son atribuidas a un Centro Directivo del Ministerio de Economía y Hacienda, la Dirección General de Banca y Bolsa (artículo 47 LOB)<sup>106</sup>.

La atribución de las facultades supervisoras de la banca privada a una Dirección ministerial era poco común en el derecho comparado, por lo que fue objeto de ciertas críticas doctrinales<sup>107</sup>, aunque no siempre unánimes<sup>108</sup>. Sin embargo, más

---

<sup>106</sup> Artículo 47 LOB: *"Corresponderá a la Dirección General de Banca y Bolsa: a) Formular a un Banco o banquero indicaciones especiales sobre la política de crédito que practique y que no se refieran, salvo cuando la Ley lo autorice, a operaciones concretas. b) Llamar la atención de los Consejos de Administración y Directores de las sociedades bancarias cuando estime que la política de dividendos que practiquen, sin incumplir las normas obligatorias sobre la materia, no se acomodan a los resultados efectivos de la explotación y a la situación y perspectiva de sus negocios. Si la entidad interesada desoyera la advertencia, el Ministerio de Hacienda, a propuesta de la expresada Dirección, podrá disponer que la aludida indicación sea inserta en la Memoria que se presente a la aprobación de la primera Junta general de socios que se celebre. c) Disponer reservadamente inspecciones ocasionales de un Banco o banquero en la forma que en la resolución se especifique, utilizando al efecto personal de la propia Dirección o del Banco de España. d) Cuidar del fiel cumplimiento por los Bancos y banqueros de las normas generales de la política de crédito. e) Cumplir y hacer cumplir las órdenes y acuerdos emanados del Ministro de Hacienda. f) Ordenar, en su caso, la formación de expedientes e imponer las sanciones que procedan, dentro de su competencia, con arreglo a los artículos 56 y 57".*

<sup>107</sup> *"La Dirección General de Banca y Bolsa no tiene explicación técnica satisfactoria, pues en ningún país se ha entendido que la reglamentación e inspección de los organismos de crédito pudiese ser eficaz y autorizadamente desempeñada por un centro directivo de un Ministerio".* Olariaga, Luis, *La ordenación bancaria en España*, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1946, página 43.

allá de esta opción institucional, el régimen de supervisión establecido en la LOB fue justificadamente censurado desde un punto de vista más sustantivo por cuando pecaba tanto por exceso como por defecto:

(1) Por exceso, en la medida en que sometía la gestión bancaria a un acusadísimo intervencionismo. Así, a título meramente ejemplificativo, se habilitaba al Ministro de Hacienda (eso sí, previo informe del Consejo Superior Bancario) para señalar el tipo máximo de interés abonable a las cuentas corrientes, imposiciones y demás operaciones similares o para fijar los tipos de interés y comisiones mínimas en las operaciones activas y las condiciones para su aplicación (artículo 43 LOB).<sup>109</sup> Obsérvese que los clientes bancarios no parecían ser la prioridad, dado que se trataba de tipos *máximos* en las operaciones pasivas y *mínimos* en las activas.

(2) Por defecto, dado que las facultades atribuidas a la Dirección General no permitían una fiscalización adecuada de las entidades (no se establecía un régimen

---

<sup>108</sup> *"No enjuicio, naturalmente, la actuación concreta de la citada Dirección General (de Banca y Bolsa). Obvio me parece, sin embargo, que el esquema orgánico al que respondía era por demás correcto. Se trata simplemente de sancionar la instrumentación administrativa de unos cometidos para los que legalmente la Administración del Estado aparecía directamente habilitada. No caben, pues, los recelos que frente a estas funciones interventoras se expresaron doctrinalmente desde círculos muy vinculados a las entidades bancarias. Si la LOB atribuye al Gobierno el ejercicio de la política de crédito, es preciso arbitrar entonces la estructura orgánica correspondiente para llevar a cabo esa función interventora. Unos cometidos que en ningún momento podían atribuirse en aquella época ni al Banco emisor, dado el carácter privado del mismo, ni menos aún directa y exclusivamente, tal y como se pretendiera, al Consejo Superior Bancario, dada su integración."* Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, banca y cajas de ahorros. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, página 110.

<sup>109</sup> Para las competencias del Ministro de Hacienda, véanse los artículos 43 a 46 LOB.

de supervisión continuado, pues las inspecciones eran meramente ocasionales<sup>110</sup>, y el acceso del supervisor a la información relativa a operaciones o clientes concretos se encontraba estrictamente limitado<sup>111</sup>).

No obstante, ha de admitirse que, desde una perspectiva autárquica e intervencionista, el sistema no carecía de cierta lógica pues ambos aspectos (acusado intervencionismo combinado con la carencia de mecanismos de supervisión adecuados) se hallaban en íntima conexión: la regulación bancaria en la LOB no se hacía descansar, como es propio de un régimen de libre competencia, en una reglamentación de carácter general, supervisada e impuesta con criterios uniformes, sino en el mantenimiento de una banca establecida, rígidamente protegida frente a toda competencia en virtud del “statu quo”, a la que se le garantizaba una alta rentabilidad sin riesgo alguno. O en otros términos, el intenso intervencionismo público aseguraba la solvencia de las entidades existentes, no a través de una adecuada gestión, sino mediante la garantía de unos beneficios constantes y extraordinarios, lo que, en definitiva, hacía innecesaria una supervisión estricta. Las limitaciones de este enfoque se harán evidentes en un momento posterior, cuando se proceda a la liberalización, siquiera parcial, del sistema, sin dotarlo simultáneamente del entramado legal y supervisor adecuado a un régimen de competencia, en el que los riesgos asumidos por las entidades se incrementaron.

#### 1.4.6. La reforma de 1962

---

<sup>110</sup> Artículo 47.c) en relación con el artículo 49 LOB.

<sup>111</sup> Artículo 49 LOB: “Los Bancos y banqueros estarán obligados a facilitar a la Dirección General de Banca y Bolsa los datos y antecedentes que, no afectando a operaciones, actos o negocios determinados, les reclame aquélla (...)”. Evidentemente, esta limitación cercenaba notablemente la capacidad del supervisor de determinar si la política de crédito de una determinada entidad estaba excesivamente concentrada.

La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril de 1962 (LOCB) se aprueba tras el Plan de Estabilización de 1959 y en vísperas del primer Plan General de Desarrollo de la economía española. Consecuentemente, la LOCB es obra de los círculos políticos “tecnocráticos” que en la época se orientan a la apertura y liberalización del esquema autárquico e intervencionista implantado con posterioridad a la guerra civil.

La LOCB se estructura en dos artículos y dos disposiciones finales<sup>112</sup>. El artículo primero aprueba diez bases<sup>113</sup> con sujeción a las cuales “se reformará el sistema crediticio y bancario”, habilitándose en el artículo segundo al Gobierno y al Ministro de Hacienda para su desarrollo mediante disposiciones del rango procedente. Sin embargo, de forma anómala, la LOCB no fue articulada mediante Decretos, como hubiera sido la técnica propia en un esquema de delegación legislativa, sino a través de una serie de Decretos-leyes aprobados en los meses sucesivos, opción normativa que aparentemente se adoptó por estimarse que la inconcreción de las bases hubiera expuesto a impugnación a la legislación delegada.

Las principales orientaciones de la LOCB son las siguientes:

---

<sup>112</sup> La disposición final primera establece las normas para el cálculo y pago del justiprecio de las acciones del Banco de España y de los bancos oficiales sujetos a nacionalización. La disposición final segunda prevé la habilitación de los créditos necesarios.

<sup>113</sup> Base 1ª (dirección de la política monetaria), Base 2ª (banco de emisión), Base 3ª (crédito a medio y largo plazo), Base 4ª (entidades oficiales de crédito), Base 5ª (cajas de ahorro y cajas rurales), Base 6ª (banca privada), Base 7ª (“statu quo bancario”), Base 8ª (sociedades de cartera), Base 9ª (bolsa de valores) y Base 10ª (ventas a plazos).

(1) En relación con el Banco de España, se prevé su nacionalización<sup>114</sup> (Base 1ª), efectivamente operada por Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio<sup>115</sup>, que pasa a definirlo como “entidad de derecho público” (artículo 1), con organización autónoma “en el orden técnico” (artículo 3). El Banco de España tendrá a su cargo la emisión de billetes de curso legal<sup>116</sup>, realizará el servicio de Tesorería del Estado<sup>117</sup>, desempeñará todas las funciones propias de su carácter de Banco de

---

<sup>114</sup> También se preveía la nacionalización de las entidades de crédito oficial, con excepción del Banco Exterior de España por razón de su forma típicamente bancaria de financiación y su carácter predominantemente comercial. Al igual que en el caso del Banco de España, la nacionalización de las entidades de crédito oficial se realizó mediante sucesivos Decretos-leyes: Decreto-ley 29/1962, de 19 de julio (Banco de Crédito Industrial), Decreto-ley 32/1962, de 20 de julio (Banco de Crédito Agrícola, antiguo Servicio Nacional de Crédito Agrícola), Decreto-ley 33/1962, de 20 de julio (Banco de Crédito Local), y Decreto-ley 54/1962, de 29 de noviembre (Banco de Crédito a la Construcción, antiguo Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional).

<sup>115</sup> Conforme a su disposición adicional, *“el Estado adquiere para su anulación la totalidad de las acciones representativas del capital del Banco de España, el cual queda nacionalizado.”*

<sup>116</sup> Si bien la determinación del límite superior de la circulación fiduciaria será hecha por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda (artículo 18 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio).

<sup>117</sup> Las operaciones con el Tesoro se regulan en el artículo 20 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio. Con carácter general, el Banco de España prestará gratuitamente el servicio de Tesorería del Estado y el servicio financiero de la Deuda del Estado y del Tesoro. Por el contrario, se regirán por convenios especiales el servicio de mediación en las operaciones estatales de crédito. Así como los demás servicios permanentes u ocasionales que preste el Banco de España al Estado. En cuanto a los anticipos al Tesoro, se mantiene el límite del 12 por 100 que ya establecía el artículo 22 LOB.

Bancos<sup>118</sup>, informará y asesorará al Gobierno en las materias de moneda y crédito<sup>119</sup>, y ejercerá las funciones relativas a la disciplina e inspección de la banca privada<sup>120</sup> (artículo 2).

---

<sup>118</sup> Como reconoce la Exposición de Motivos de la LOCB, *"el Banco central de emisión (...) ha venido gozando, sin interrupción, del privilegio de emisión de billetes a partir del Decreto de 19 de marzo de 1874, siendo siempre banquero del Estado y también Banco comercial; pero no ha llegado aún a convertirse en Banco de Bancos (...)".*

La definitiva configuración del Banco de España como banco de bancos, aspiración ya de la LOB de 1921, pasaba por limitar sus operaciones directas con particulares, más propias de la banca comercial. Consecuentemente, el Banco de España *"se abstendrá de realizar operaciones directamente con entidades, empresas o personas particulares, salvo que por razón de interés público sea autorizado previamente y para cada caso concreto por el Consejo de Ministros. Las operaciones de crédito a favor de personas o empresas privadas vigentes en la actualidad serán totalmente liquidadas en el plazo de cinco años"* (artículo 27 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio).

<sup>119</sup> Y ello porque *"no aceptando el Estado español el principio de neutralidad económica, la autoridad monetaria no puede ser delegada en el Banco de emisión sino ejercida permanentemente por el Gobierno a través del Ministro de Hacienda; aunque en el orden técnico sea conveniente encomendar los detalles de ejecución de la política que se siga al Banco de España, con una organización autónoma y con la responsabilidad, la independencia y la autoridad que requiere su alta misión de colaborador, informador y asesor del Gobierno en orden a la política monetaria y de divisas y a la disciplina de la Banca privada"* (Exposición de Motivos de la LOCB). Consiguientemente, *"la autoridad en materia monetaria y de crédito corresponde al Gobierno, el cual señalará al Banco de España y a los diferentes Organismos de Crédito, a través del Ministro de Hacienda, las directrices que hayan de seguirse en cada etapa, orientando en definitiva la política monetaria y de crédito en la forma que más convenga a los intereses del país"* (Base 1ª LOCB).

(2) Se trata de favorecer la especialización bancaria, limitando la excesiva “bancarización” de la economía española<sup>121</sup>. Consecuentemente, se establecen ciertos límites a la actuación de la banca mixta<sup>122</sup> y se estimula el desarrollo de bancos industriales y de negocios<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> El Banco de España asume las funciones supervisoras hasta entonces encomendadas a la Dirección General de Banca, Bolsa e Inversiones del Ministerio de Hacienda. En particular, se prevé que el Banco de España disponga *inspecciones periódicas* de la banca privada a fin de comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en relación con sus balances, estructura de sus cuentas, intereses y comisiones que aplique en sus operaciones, y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de crédito (artículo 17.a) del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio).

Las competencias del Banco se limitan a la banca *privada* pues (1) las entidades de crédito oficial quedan sujetas a la alta dirección e inspección del Instituto de Crédito a medio y largo plazo (Base 3ª LOCB) y (2) el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro desempeñará las funciones de alta dirección, coordinación e inspección de aquéllas (Base 5ª LOCB). No obstante, se asegura la coordinación del Banco de España con ambos Institutos de Crédito atribuyendo su Presidencia al Gobernador de aquél.

<sup>121</sup> Según la propia Exposición de Motivos de la LOCB, del total de financiación del sector privado, la parte que suministraba la banca pasó del 30% en el periodo 1920-1935, al 60% en la etapa 1940-1959.

Lo cierto es que la extraordinaria bancarización de la economía española venía dada en buena medida por las deficiencias de los mercados de capitales. Aunque la Base 9ª LOCB preveía una nueva regulación de las Bolsas de Valores, hubo que esperar hasta la LMV de 1988 para que se las dotara de los imprescindibles mecanismos operativos e institucionales.

<sup>122</sup> La Base 6ª LOCB preveía “*la enajenación en los plazos que se determinen de los valores industriales en poder de cada Banco por la cuantía que exceda del límite que se*



(3) Se liberaliza el “statu quo bancario” al disponer que “se darán mayores facilidades y libertad al acceso a la profesión de banquero y al ejercicio de ésta, modificando, por tanto, la actual regulación” (Base 7ª)<sup>124</sup>. Críticamente, señala Martín-Retortillo que “se trata de una apertura que fue, fundamentalmente, el logro de las fuerzas económicas que llevaron a cabo el Plan de Estabilización y el de Desarrollo de 1962. Unas fuerzas que entonces ostentaban el Poder y que, sin embargo, diríamos encuentran cerrado el acceso a la profesión bancaria. Para alcanzarla, se abre el sistema: de este modo, otros más se uncirán al carro”.<sup>125</sup> Esta

---

fije”, debiendo dictarse “las normas necesarias para evitar ulteriores expansiones de la influencia de los actuales Bancos mixtos sobre las Empresas privadas y especialmente sobre otros Bancos.” Por otra parte, la concesión por la banca privada de créditos por plazo superior a 18 meses quedaba sujeta a autorización del Instituto de Crédito a medio y largo plazo (artículo 11.C) del Decreto-ley 19/1962, de 7 de junio).

<sup>123</sup> “Los Bancos industriales y de negocios tendrán por objeto especial la promoción de nuevas empresas industriales o agrícolas y la financiación a medio y largo plazo de las mismas. A tal fin podrán conceder créditos hasta tres años sin autorización del Instituto de Crédito a medio y largo plazo” (artículo 6 del Decreto-ley 53/1962, de 29 de noviembre). Coherentemente con su misión institucional de proveer crédito a medio y largo plazo, se les prohibía realizar operaciones comerciales (artículo 4).

<sup>124</sup> El artículo 1 del Decreto-ley 53/1962, de 29 de noviembre, dispuso que “a partir de la publicación del presente Decreto-ley podrá autorizarse por el Ministro de Hacienda, a propuesta del Banco de España y previo informe del Consejo Superior Bancario, la creación de nuevos Bancos industriales y de negocios...”. Los nuevos bancos, que debían revestir forma de sociedad anónima (artículo 2), se constituirían con un capital social, totalmente desembolsado, no inferior a 100 millones de pesetas (artículo 3).

<sup>125</sup> Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, página 269.

dura conclusión se ve reforzada por la evidencia de que, una vez obtenidas las oportunas autorizaciones (21 en el periodo 1963-1966), el "*statu quo bancario*" se restablece *de facto* a partir de 1966, autorizándose únicamente un banco en el curso de los siguientes cinco años.

Aunque en 1974 se impulsa la denominada "minirreforma" bancaria (aprobándose en materia de creación de bancos el Decreto 2246/1974, de 9 de agosto), los efectos del "shock" petrolífero pronto ponen de manifiesto la escasa racionalidad de la política seguida hasta el momento. Las subsiguientes reformas legales vendrán dadas, en un primer momento, por la necesidad imperiosa de acometer la "crisis bancaria" y, posteriormente, por las exigencias derivadas de la incorporación de España a las Comunidades Europeas, dando lugar a la regulación bancaria actualmente vigente, que será examinada en las páginas sucesivas.

## **2. Las entidades de crédito**

### **2.1. El Instituto de Crédito Oficial**

El Instituto de Crédito Oficial (ICO), creado por Ley 13/1971, de 19 de junio, es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) LOFAGE<sup>126</sup>, que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito<sup>127</sup>, y la consideración de Agencia Financiera del Estado (artículo 1.1 de sus Estatutos, aprobados por Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, en adelante, EICO).<sup>128</sup>

El ICO es, tras la privatización de la banca oficial<sup>129</sup>, la única entidad de crédito de titularidad estatal. Como entidad de crédito, el ICO actuará con sujeción al principio

---

<sup>126</sup> Conforme al artículo 53.1 LOFAGE, las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Con anterioridad el ICO era una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.b) LGP (véase apartado primero de la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre).

<sup>127</sup> Véase artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio.

<sup>128</sup> Orgánicamente, el ICO se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Economía, a la que corresponderá su dirección estratégica, así como la evaluación y el control de los resultados de su actividad (artículo 1.2 EICO), sin perjuicio de la fiscalización de la Intervención General de la Administración del Estado y del Tribunal de Cuentas (artículo 22.1 EICO).

<sup>129</sup> La banca oficial fue reorganizada por Ley 25/1991, de 21 de noviembre, y posteriormente privatizada.

de equilibrio financiero<sup>130</sup> (artículo 2 EICO), quedando sometido a las normas de solvencia bancaria<sup>131</sup>, con excepción de los límites a los grandes riesgos (artículo 17.3 EICO).

---

Como ha señalado Muñoz Machado, *“los bancos oficiales del siglo XIX (Banco de España e Hipotecario) habían tenido su origen en insuficiencias de la Hacienda. Los bancos nacidos en el siglo XX (de Crédito Industrial, de Crédito Local y Exterior de España) se crearon por motivos de política económica para atender deficiencias de la economía española, como el reducido ahorro interior, el subdesarrollo bancario, la financiación con riesgo a las industrias nuevas, etc. El mayor coste de los recursos y su especialización determinaron que la utilidad de la banca pública fuera inferior a la privada. Los créditos eran menos rentables y tenían mayores riesgos. Los bancos públicos presentaron defectos de organización, su legislación era excesivamente restrictiva, sus recursos escasos, y la oposición de los bancos privados importantes”*. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 985.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 2/1962, de 14 de abril, contenía una breve, pero interesante digresión sobre el origen y finalidades de la banca oficial: *“El vacío que dejó la disminución de la afluencia de capitales extranjeros y la limitación de las posibilidades de financiación del sector privado a través de la Banca suscitaron la creación de diversos Bancos y Entidades oficiales de crédito, todos los cuales, con excepción del Banco Hipotecario de España, surgieron a partir del año 1920, como el Banco de Crédito Industrial, el de Crédito Local, el Servicio Nacional de Crédito Agrícola, la Caja Central de Crédito Marítimo y Pesquero y el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional. La profusión de entidades de esta clase es prueba de la intensa demanda de créditos para financiar proyectos de desarrollo, que se ha dejado sentir en los últimos decenios y que no ha podido ser satisfecha ni con capitales importados ni a través de la Banca mixta.”*

<sup>130</sup> No obstante, el artículo 3.2.b) EICO matiza que el principio de equilibrio económico se salvaguardará “en el conjunto de las actividades del Instituto”, esto es, no es

Como Agencia Financiera del Estado son funciones del ICO: (1) Contribuir a paliar los efectos económicos producidos por situaciones de grave crisis económica, catástrofes naturales u otros supuestos semejantes. (2) Actuar como instrumento para la ejecución de determinadas medidas de política económica (artículo 3 EICO)

Los aspectos operativos se someterán a los siguientes principios: (1) Las operaciones activas del ICO se instrumentarán preferentemente como préstamos a medio y largo plazo destinados a financiar inversiones reales (artículo 3.2.a), si bien para el cumplimiento de sus fines el ICO podrá asimismo desarrollar otras actividades financieras (incluida, la toma de participaciones directas en empresas financieras<sup>132</sup>, artículo 4 EICO). (2) En cuanto a las operaciones pasivas, el ICO se financiará en los mercados nacionales y extranjeros mediante cualquier tipo de operación financiera, que le permita proveerse de recursos y gestionar su balance. Las deudas y obligaciones que el ICO contraiga para la captación de fondos gozarán frente a terceros de la garantía del Estado<sup>133</sup>. Dicha garantía tiene el

---

necesariamente aplicable respecto de operaciones concretas, que pueden resultar antieconómicas.

<sup>131</sup> Véase el Real Decreto 216/2008, de 15 febrero, que ha derogado el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre.

<sup>132</sup> Por el contrario, el ICO no podrá tomar participaciones directas en empresas no financieras, salvo que las adquiera por vía de ejecución judicial o extrajudicial de determinadas garantías (artículo 4.3 EICO).

<sup>133</sup> Por ello, los límites de endeudamiento serán marcados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año (artículo 24.1 EICO).

carácter de explícita, irrevocable, incondicional y directa<sup>134</sup> (artículo 24 EICO). Sin embargo, como excepción, el ICO en ningún caso captará fondos mediante depósitos del público en general (artículo 24.7 EICO), por lo que no estará obligado a integrarse en el Fondo de Garantía de Depósitos (artículo 2 bis del Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre).

## **2.2. Los bancos**

Los bancos son entidades de crédito constituidas como sociedades anónimas. Se trata, no obstante, de sociedades anónimas especiales, que, por ejercer una actividad mercantil de gran relevancia económica y con potenciales efectos adversos sobre terceros, quedan sometidas a una serie de estrictos requisitos:

(1) Su creación está sujeta a previa autorización administrativa (artículo 1.1 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio)<sup>135</sup>. Queda prohibido ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito (reserva de actividad) o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas (reserva de denominación) sin haber obtenido la preceptiva autorización e inscripción en los correspondientes registros (artículo 28.1 LDIEC).

---

<sup>134</sup> Consecuentemente, los riesgos relativos al ICO tendrán, a los efectos previstos en la normativa de recursos propios de las entidades financieras, la misma ponderación que los de la Administración General del Estado. Los riesgos contraídos con el Instituto por las entidades financieras quedan exceptuados de los límites establecidos a su concentración y a los grandes riesgos (artículo 24.5 EICO).

<sup>135</sup> En esta sección todas las referencias se entenderán hechas a esta norma, salvo que se indique otra cosa.

(2) Su objeto social debe estar limitado estatutariamente a recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza (artículo 2.1.c) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, en relación con el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio). Las modificaciones estatutarias quedan sometidas al procedimiento administrativo de autorización y registro (artículo 8.1).<sup>136</sup>

(3) Su capital social inicial no será inferior a 3.000 millones de pesetas, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas (artículo 2.1.c). Asimismo, deberán contar en todo momento con unos recursos propios no inferiores a la cifra mínima de capital social inicial<sup>137</sup> (artículo 2.4).

(4) Su consejo de administración deberá estar formado por no menos de cinco miembros. Todos los miembros del consejo de administración de la entidad, así como los del consejo de administración de su entidad dominante, cuando exista, serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional y deberán poseer, al menos la mayoría en cada consejo, conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones. Tales honorabilidad y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad y de su dominante, cuando exista, así como en las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros (artículo 2.1.f).

---

<sup>136</sup> Se exceptúan las modificaciones estatutarias a que se refiere el artículo 8.2.

<sup>137</sup> Excluyendo financiaciones subordinadas y las financiaciones de duración indeterminada que establezcan la posibilidad de diferimiento de intereses en caso de pérdidas y de aplicación de la deuda y los intereses pendientes de pago a la absorción de pérdidas sin necesidad de proceder a la disolución de la entidad (artículo 20.1 del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre).

(5) Los accionistas titulares de participaciones significativas deberán ser considerados idóneos (artículo 2.1.d). Se considerará participación significativa aquella que alcance de forma directa o indirecta, al menos un 10 por 100 del capital o de los derechos de voto de la entidad o, que sin llegar a dicho porcentaje, permita ejercer una influencia notable en la entidad (artículo 56.1 LDIEC).

(6) El banco deberá contar con una buena organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad (artículo 2.1.g). Asimismo, deberá establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales (artículo 2.1.i) en relación con el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio).

### **2.3. Las cajas de ahorro**

#### **2.3.1. Reparto competencial**

La Constitución no contiene un título competencial específico en materia de cajas de ahorro, limitándose a atribuir al Estado, los títulos generales de bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (artículo 149.1.11) y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13).

No obstante, con posterioridad a la Constitución, los Estatutos de Autonomía<sup>138</sup>, adicionalmente al desarrollo y ejecución de las bases estatales de ordenación del

---

<sup>138</sup> A partir del Estatuto Vasco (artículo 10.26).



crédito<sup>139</sup>, han reconocido en favor de las Comunidades Autónomas títulos específicos<sup>140</sup> en relación con las cajas de ahorros<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Aunque los Estatutos también reconocen a las Comunidades Autónomas competencias en materia de fundaciones, su virtualidad en relación con las cajas de ahorros ha sido limitada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Según Vañó “el Tribunal Constitucional consideraba necesario negar el carácter de “fundación” de las cajas para poder excluir la competencia total sobre cajas de ahorros de las comunidades autónomas (especialmente de Cataluña y Galicia) y considerar la Obra Benéfico-Social como ordenación básica del Estado”. Vañó Vañó, María José, Legitimación en el nombramiento de representantes en los órganos rectores de las cajas de ahorros y criterios de designación de los mismos, en Estudios sobre jurisprudencia bancaria, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, página 602.

Una explicación alternativa da Prada González: “La impresión que da la doctrina sentada por el Tribunal es que su negación del carácter fundacional de las cajas de ahorro fue, en realidad, un pie para defender, probablemente por razones políticas, que desgraciadamente y dada su composición empeñan a veces sus decisiones, la que se ha llamado entrega de las cajas de ahorro a los municipios”. De Prada González, José María, Las actividades mercantiles de las fundaciones, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, página 80.

<sup>140</sup> “Del examen de las normas estatutarias atribuidas de competencias se deduce que las Cajas de Ahorro constituyen una materia específicamente individualizada frente a las fundaciones y frente a otras entidades de crédito, por lo que no pueden identificarse a efectos competenciales, con independencia de la calificación que por su estructura como personas jurídicas pueda resultar para ellas más adecuada y de la naturaleza eminentemente crediticia de su actividad” (STC 48/1988, de 22 de marzo).

<sup>141</sup> “La asunción de competencias sobre Cajas de Ahorros por algunas Comunidades Autónomas era de dudosa constitucionalidad. Las Comunidades Autónomas cuyas competencias estaban limitadas al listado del artículo 148 de la Constitución, en línea de

La articulación resultante entre competencias estatales y autonómicas puede sistematizarse como sigue:

a) La competencia en materia de cajas de ahorros, dado su carácter más específico, prevalece sobre la competencia básica estatal.<sup>142</sup> Sin embargo, aunque consagrando con carácter general este principio de articulación, el Tribunal Constitucional ha extraído del mismo consecuencias limitadas, dada la amplitud con que ha venido entendiendo las bases estatales de ordenación del crédito.

b) La competencia estatal en materia de bases de ordenación del crédito es particularmente intensa en la actuación *ad extra* de las cajas de ahorros<sup>143</sup>, comprendiendo potestades normativas y de mera ejecución.<sup>144</sup>

---

principio, no podían asumir competencias que no estuviesen recogidas en dicho precepto. Las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la importancia de la actividad de estas entidades de crédito en el ámbito autonómico permitieron 'salvar las dudas' de inconstitucionalidad". Ureña Salcedo, Juan Antonio, *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, Página 58.

<sup>142</sup> "(...) dado el carácter específico con que en el E. A. C. (Estatuto de Autonomía de Cataluña) se configura la competencia en materia de Cajas de Ahorro, este título competencial deberá prevalecer sobre el más genérico relativo a la ordenación del crédito, banca y seguros" (STC 48/1988, de 22 de marzo).

<sup>143</sup> "La norma básica de referencia que se invoca no es, en este caso, la legislación básica del Estado sobre Cajas de Ahorro, que contiene el modelo básico de organización y funcionamiento de las Cajas, sino la normativa estatal de Entidades de crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención), materia en la que la competencia reguladora estatal es más intensa" (STC 61/1993, de 18 de febrero).

c) Sin perjuicio de lo anterior, las bases estatales también operan *ad intra*, determinando el “modelo básico de organización y funcionamiento de las cajas”<sup>145</sup>,

---

<sup>144</sup> “Dejando aparte los casos en que el Estado tenga una competencia exclusiva total (el sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad según el art. 149.1.11, por ejemplo), que no ofrece problema, y con referencia sólo a los supuestos en que su competencia exclusiva se limita a la fijación de las bases, habrá que interpretar que las funciones de disciplina, inspección y sanción las podrá ejercer cuando en cada caso le correspondan porque deban ser considerados como base de la ordenación del crédito o como bases de la planificación general de la actividad económica o elementos de la coordinación de esa planificación general. Conviene, por último, advertir que las tres funciones aludidas no tienen la misma naturaleza. Las de inspección y sanción comprenden típicos actos de ejecución, mientras que la de disciplina, contra lo que opinan los recurrentes y admite el Letrado del Estado, es una potestad normativa. En efecto, por disciplina hay que entender, conforme a la legislación monetaria y crediticia general, la regulación de los deberes de las entidades de crédito impuestas por normas de obligado cumplimiento” (STC 49/1988, de 22 de marzo).

<sup>145</sup> “No puede aceptarse, sin embargo, la tesis mantenida por las representaciones de las Comunidades Autónomas que distingue dos ámbitos claramente separados: el organizativo y el crediticio, limitando a este último la competencia estatal sobre ordenación del crédito. Es cierto que las bases están fundamentalmente referidas a la actividad crediticia, pero afectan también a la estructura y organización de las Cajas de Ahorro en cuanto fijan los elementos configuradores de las mismas frente a los demás intermediarios financieros, o en cuanto la estructura y organización de las Cajas repercuten directamente en dicha actividad. El carácter específico de las Cajas de Ahorro frente al resto de los intermediarios financieros se refleja no sólo en su actividad como Entidades de crédito que han de cumplir una función social sino también en su configuración, y es al Estado a quien corresponde garantizar en ambas dimensiones esa especificidad, como parte de la competencia sobre las bases de la ordenación de la actividad económica en general y del crédito en particular” (STC 48/1988, de 22 de marzo).

modelo estatal que se fundamenta sobre el carácter participativo de los órganos de gobierno.<sup>146</sup>

No obstante la amplitud con la que el Tribunal Constitucional concibe las bases, es importante reiterar que la competencia estatal es exclusivamente básica, al carecer

---

En idéntico sentido, la STC 49/1988, de 22 de marzo: “(...) *no puede establecerse una separación radical entre la competencia para dictar normas básicas relativas a la organización y la competencia para dictar ese mismo tipo de normas respecto a la actividad externa de las Cajas. Una organización existe para realizar una determinada actividad. Su finalidad principal es determinar, configurar y coordinar los centros de decisión que permiten esa actividad. No es, pues, indiferente a la realización de ésta la forma en que aquéllos se regulan. Por otra parte, es necesario identificar la peculiar entidad de crédito que son las Cajas y distinguirlas de los demás intermediarios financieros, y para lograrlo en todo el territorio nacional las características correspondientes han de ser fijadas con carácter general por el Estado. También es de competencia del Estado velar porque en la organización de las Cajas esté presente la pluralidad de intereses públicos a las que atienden. De todo ello resulta que las bases de la ordenación del crédito deben comprender normas organizativas de las entidades cuyo objeto principal son las operaciones de crédito, y es evidente que, en la actualidad, las Cajas son fundamentalmente entidades de crédito (...)*”.

Este doble aspecto, como se indicó anteriormente, ha venido siendo destacado por el Tribunal desde la STC 1/1982, de 28 de enero, pues las bases estatales “*deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los distintos intermediarios financieros como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de las actividades de tales intermediarios, entre los cuales se insertan legalmente las Cajas de Ahorro*”.

<sup>146</sup> (...) *el carácter representativo de todos los órganos de gobierno forma parte de las bases de regulación de las Cajas de Ahorro y aparece garantizado en la ley estatal en relación con cada uno de ellos (...)* (STC 48/1988, de 22 de marzo).

el Estado de otros títulos de intervención en relación con las cajas de ahorros. A este respecto, resulta ilustrativa la suerte sufrida por la disposición final quinta de la LORCA<sup>147</sup>, declarada inconstitucional por cuanto suponía “una norma atributiva de competencia que no resulta ni de la Constitución ni de los Estatutos”, sin perjuicio de que el Estado pudiera “dictar normas básicas respecto a las cajas que se encuentren en la situación prevista en el precepto impugnado, normas en las que podrá tenerse en cuenta el interés de las diversas Comunidades en que la caja capte su pasivo, o cualquier otra circunstancia que salvaguarde el interés general y la solidaridad de las diversas Comunidades afectadas” (STC 49/1988, de 22 de marzo).

### 2.3.2. Naturaleza

Desde el punto de vista operativo, las cajas de ahorros son entidades de crédito<sup>148</sup> (más específicamente, de depósito) sin especialidad alguna<sup>149</sup>. Les son, en

---

<sup>147</sup> Esta disposición atribuía al Estado las competencias sobre las cajas que captasen fuera de su región más de un 50% de sus pasivos.

<sup>148</sup> Ha de destacarse que las cajas no sólo son entidades de crédito, sino precisamente las más significativas por razón de su volumen de actividad. Según datos del Banco de España, en 2005 las cajas superaban a la banca privada tanto en cuota de mercado de recursos ajenos (48,33% frente a 46,59%) como, por primera vez, en operaciones de crédito (48,47% frente a 46,10%).

<sup>149</sup> Según Sánchez Miguel, la política adoptada a partir de 1977 “ha servido, en términos generales, para expansionar la organización territorial de las cajas de ahorros e intensificar sus operaciones financieras, no existiendo una diferenciación efectiva entre éstas y la banca privada, perdiendo, en consecuencia, la finalidad inicial para que fueron creadas, una actividad social preferentemente no lucrativa, con una proyección benéfica en obras sociales de los recursos obtenidos”. Sánchez Miguel, María Candelas, *Inconstitucionalidad de parte de las normas que regulan los órganos rectores de las cajas de ahorro en la Ley 31/1985, de 2 de agosto*, en *RDBB*, número 32, 1988, página 909.

consecuencia, plenamente aplicables las normas de ordenación y disciplina (artículo 1.2 LDIEC)<sup>150</sup>. Este hecho incide de forma aplastante sobre su configuración actual<sup>151</sup>, no obstante lo cual, la doctrina<sup>152</sup> continúa planteándose reiteradamente dos cuestiones (el carácter fundacional o asociativo de las cajas y su naturaleza pública o privada) que pasamos a examinar brevemente a continuación:

a) La inserción de las cajas de ahorros en la tipología clásica de las personas jurídicas.

---

El único elemento que, en puridad, diferencia hoy a las cajas de ahorros de los bancos en el ámbito operativo es la aplicación de una parte de sus excedentes a la obra social.

<sup>150</sup> La LDIEC es aplicable a las entidades de crédito, así como a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas (artículo 1.1), considerándose como tales, a los efectos de la Ley, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, que conceptúa, en particular, como entidades de crédito a las cajas de ahorros y a la CECA.

<sup>151</sup> “(...) quedando, ya, muy lejos aquellas Cajas de Ahorro que concedían préstamos a personas humildes, con la garantía prendaria de sus enseres –‘Montes pietatis’- y que realizaban operaciones activas con la finalidad de fomentar el ahorro popular como un modo de previsión social” (STS 22 de julio de 1999, RJ 6141/1999).

<sup>152</sup> “La principal discusión doctrinal sobre las Cajas de Ahorros gira alrededor de su naturaleza y forma jurídica, que son arcanos tan difíciles de explorar que jamás han sido claramente definidos”. Ureña Salcedo, Juan Antonio, *la influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, página 99.

Es tradicional dividir las personas jurídicas entre aquéllas cuyo sustrato es personal (asociaciones) y aquellas cuyo sustrato es patrimonial (fundaciones)<sup>153</sup>. A diferencia de los bancos, que son reconducibles sin dificultad alguna a la categoría de la sociedad mercantil, las cajas únicamente encuentran encaje, siquiera imperfecto, en el concepto fundacional.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> El énfasis en el carácter estrictamente patrimonial de las fundaciones (patrimonios afectos a un fin) puede suponer un obstáculo serio para su adecuada gestión: *“...las actividades permitidas a las fundaciones se han considerado de forma sumamente restringida, lo que en no pocas ocasiones, unido al factor antes señalado de la inmovilización material, ha ocasionado la descapitalización de la fundación y su consiguiente inoperancia”*. De Lorenzo García, Rafael, *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, página 370.

Por ello, se ha sugerido la conveniencia de flexibilizar el régimen económico de las fundaciones, de modo que puedan gestionar su patrimonio de forma más dinámica: *“...si es requisito indispensable de la existencia de la persona jurídica tipo fundación la nota de permanencia – se define la figura como la adscripción de un patrimonio a un fin con carácter permanente –, lo lógico es permitir y, aún más, facilitar los medios para que los bienes de la fundación no sólo se mantengan, sino que aumenten, y sentar las bases normativas que permitan a toda fundación utilizar cualquier medio lícito para obtener fondos, precisamente para poder dar virtualidad a ese carácter de permanencia, consustancial a la figura fundacional, pues de otro modo, y dadas las actuales circunstancias económicas, no se puede pretender que una fundación, partiendo de una dotación inicial que debe tratar de conservar, pueda permanecer en el tiempo haciendo frente, por un lado, a la consecución del fin y, por otro, tratar de conservar un patrimonio estático que, en el mejor de los casos, produce unas rentas que no alcanzan ni para dar cumplimiento al objeto de la fundación.”* Carrancho Herrero, Teresa, *El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones*, en RDP, 1991, página 96.

<sup>154</sup> El Tribunal Constitucional califica a las cajas como fundaciones por mera exclusión: *“(...) puesto que el artículo 35 del Código Civil clasifica las personas jurídicas en corporaciones, asociaciones y fundaciones, y dado que las Cajas no son ni corporaciones ni asociaciones,*

Se trataría, sin embargo, de fundaciones extremadamente atípicas por dos motivos interrelacionados: (1º) El aspecto dotacional de las cajas de ahorros es limitado. Si dogmática y legislativamente<sup>155</sup> la fundación se conceptúa como un patrimonio<sup>156</sup>

---

*sólo es posible encuadrarlo en la categoría de las fundaciones, a las que se asemejarían por el hecho de que no consiste en una unión de personas, que en cierto modo aparecen como los propietarios de sus bienes, sino de una organización de los bienes mismos como ocurre en las fundaciones de tipo tradicional". Sin embargo, este encuadramiento lo realiza a efectos meramente doctrinales, no extrayendo consecuencias jurídico-constitucionales del mismo: "Esta aplicación de una categoría jurídica a un supuesto distinto para el que fue pensada es posible, siempre que no se extraigan de ella consecuencias abusivas y se la considere sólo como un medio de resolver un problema dogmático, cual sería en este caso la naturaleza jurídica de las Cajas. (...) Sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual" (STC 49/1988, de 22 de marzo).*

<sup>155</sup> Artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (LF): *"Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general."*

<sup>156</sup> Artículo 12.1 LF: *"La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales". Aunque la dotación constituye el patrimonio inicial de la fundación, nada impide que ésta adquiera posteriormente otros bienes o derechos: "El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación" (artículo 19.1 LF).*



afecto a un fin de interés general, en las cajas de ahorros, coherentemente con su carácter de entidades de crédito, el aspecto patrimonial pasa a segundo plano, desarrollándose la actividad de la entidad primordialmente mediante la movilización o gestión de recursos ajenos (pasivos bancarios).<sup>157</sup> (2º) El aspecto empresarial<sup>158</sup> u

---

<sup>157</sup> *"Si es propio de la fundación como se ha dicho, la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores resulta que, en la actualidad, en las Cajas, sea cual sea su origen, ni la mayor parte de los recursos de que disponen proceden del fundador, sino que son recursos ajenos, ni los fines que hoy persiguen son principalmente benéficos o benéfico-sociales sino los propios de una entidad de crédito"* (STC 49/1988, de 22 de marzo).

Esta diferencia esencial con la fundación clásica ya fue puesta de manifiesto por el Preámbulo del Decreto de 14 de marzo de 1933, al señalar que las cajas *"presentan peculiaridades diferenciativas de las simples fundaciones de beneficencia particulares o generales porque no se limitan como éstas a atender sus fines con rentas propias procedentes de un capital de dotación o de subvenciones que le estén consignadas, sino que mediante la administración de depósitos ajenos, cuya productividad y defensa requieren instrumentos ágiles, obtienen utilidades que les permiten acometer la ejecución de obras sociales"*.

<sup>158</sup> Más recientemente, la doctrina viene incidiendo en la actividad empresarial de las fundaciones: *"Este acercamiento de las fundaciones al mundo mercantil es muy reciente y se ha producido, con frecuencia, a espaldas o por lo menos al margen, cuando no, en contradicción, con la legislación que las regulaba, produciéndose, aun hoy, un vacío legislativo que dificulta no poco la contemplación del problema y que exige, al tiempo que se considera la posibilidad de que las fundaciones ejerzan actividades mercantiles, reflexionar sobre las consecuencias de este fenómeno y desear que en el futuro la ley contemple de frente y, no como hace ahora, de forma tangencial, el problema, dictándose una regulación que discipline las actividades mercantiles de las fundaciones acercando, en algunos aspectos, las fundaciones que realicen estas actividades a las sociedades y comerciantes en general haciendo aplicables a ellas aquellas normas que se consideren necesarias para proteger el mercado"*. De Prada González, José María, *Las actividades*

organizativo de las cajas de ahorros adquiere preponderancia, de forma que la caja no es tanto un patrimonio, como una organización que opera profesionalmente<sup>159</sup> en los mercados financieros<sup>160</sup>.

---

*mercantiles de las fundaciones*, en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, Tomo I, página 54.

<sup>159</sup> *"No es tanto la presencia o ausencia de ánimo de lucro lo que lleva a catalogar a una fundación como empresario, cuanto la propia actividad que desarrolla y las pautas de comportamiento desempeñando una actividad con criterios competitivos y de rentabilidad"*. Madrid Parra, Agustín, *La sociedad anónima pública, otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario*, en *Derecho Mercantil*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, Tomo I, página 497.

<sup>160</sup> *Alguna doctrina califica a las cajas como supuesto de fundación-empresa, concepto éste de origen alemán, que para algunos autores sería perfectamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico: "...no hay obstáculo en la Constitución para la posible aceptación de una fundación empresa, por cuanto puede haber fundaciones de este tipo puestas al servicio de fines de interés general. En segundo lugar, que no parece que la mera conservación de la empresa sea un fin, en sí mismo considerado, de interés general. En tercer lugar, que cabe la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, una fundación empresa persiga, a través de su actuación, fines de interés general."* De Prada González, José María, *Las actividades mercantiles de las fundaciones*, en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, Tomo I, página 77.

Esta nota de adscripción a fines de interés general sería ciertamente esencial: *"Aunque la fundación-empresa pueda realizar en el desarrollo de su actividad económica otras funciones, tiene que servir, en todo caso a la promoción de un fin de interés público; de forma tal, que sólo puede ser utilizada para la realización de aquéllas, cuando se asocian a otra finalidad de interés públicos, o cuando se realización presenta por sí misma este interés"*. Valero Agúndez, Urbano, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969, página 227.

---

A favor de la consideración de las cajas de ahorros como fundaciones-empresa se pronuncia en términos enérgicos Casares Marcos: *“La teoría de la fundación empresa ofrece, por consiguiente, el marco adecuado para la comprensión de la peculiar naturaleza jurídica que ha acompañado a las cajas de ahorros españolas desde sus orígenes. Éstas se han caracterizado siempre por desarrollar una innegable actividad crediticia, aun cuando tuviera en sus comienzos una finalidad eminentemente benéfica en sí misma al estar dirigida a segmentos tradicionalmente excluidos de la actividad bancaria. Pese al carácter económico de su actuación, la ausencia en ellas de cualquier ánimo de lucro y su distancia respecto al resto de los intermediarios en el mercado financiero originaron su identificación como establecimientos de beneficencia, lo que las llevó a estar investidas históricamente de una evidente forma fundacional. (...) la caja es el exponente más cualificado de la teoría de la fundación-empresa en nuestro ordenamiento jurídico por la claridad con que se concilian en ella dos extremos en principio incompatibles: la realización de una obra social de interés general y el ejercicio en el mercado de la actividad crediticia”*. Casares Marcos, Ana Belén, *Cajas de ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 419 y 422.

Esta parece ser la opinión “oficial” de las cajas: *“Las cajas de ahorros españolas son entidades de crédito de naturaleza privada con plena capacidad legal para efectuar todas las operaciones autorizadas a las restantes entidades financieras y que tienen como peculiaridad el estar constituidas bajo la forma especial de fundaciones-empresa. La fundación-empresa nace por un acto fundacional en el que un patrimonio independiente se adscribe a la realización y servicio de una tarea empresarial que, además, cumple unas concretas finalidades sociales.”* 95 Asamblea General Ordinaria de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, *Informe de la Comisión para el estudio de la obra social*, CECA, Madrid, 2007, página 9.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado: *“(...) el concepto de fundación-empresa en su diversas modalidades constituye una de tantas importaciones de la doctrina alemana que se han realizado o se intentan realizar en nuestro Derecho. No es, por supuesto, tarea de este Tribunal determinar si es posible y, en caso afirmativo, en qué condiciones, esa importación. Basta con señalar, a los efectos que aquí interesan, no sólo*

Desde el punto de vista práctico, la consecuencia esencial de esta peculiar inserción de las cajas de ahorros en la tipología genérica de la fundación radica en la inaplicabilidad de la garantía constitucional del artículo 34 CE; o en otros términos, en la configuración del régimen jurídico de las cajas de ahorros el legislador ordinario no queda vinculado por el contenido esencial del derecho

---

*que la doctrina no es unánime sobre cuáles serían las condiciones y las medidas legislativas para llevarla a cabo, especialmente cuando se trata de la llamada fundación-empresa 'funcional' aplicada a un tipo de empresas tan peculiar como son las entidades de crédito, sino que en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el art. 34 de la Constitución" (STC 49/1988, de 22 de marzo).* En consecuencia, con independencia de que el concepto de fundación-empresa sea doctrinalmente admisible, no parece que le sea de aplicación la garantía constitucional del artículo 34 CE.

En contra de la doctrina del Tribunal Constitucional se pronuncia Antón Pérez: *"La negativa a admitir el concepto de fundación-empresa (que late en el fondo del problema) está, por lo menos, escasamente fundamentada, porque no es una cuestión simplemente doctrinal: fundaciones-empresa actúan en el sistema español desde hace años y no se adivina por qué ha de negarse naturaleza fundacional, máxime cuanto incluso en normas de nuestro derecho administrativo se encuentran expresamente reconocidas".* Antón Pérez, *El Tribunal Constitucional y las normas reguladoras de las cajas de ahorros*, en PEE, número 36, 1988, página 177.

Por su parte, García de Enterría ha sostenido que *"el Tribunal Constitucional ha admitido, en las sentencias sobre cajas de ahorro de 1988, que las cajas de ahorro son fundaciones empresa"* si bien *"sobre esta caracterización primaba la de su condición de establecimientos de crédito, y que, por consiguiente, era lícita la regulación exterior a los patronatos que de las mismas se ha establecido en la legislación en esta materia"*. García de Enterría, Eduardo, *Constitución, fundaciones, y sociedad civil*, en RAP, número 122, 1990, página 249.

fundamental de fundación consagrado en la Constitución (artículo 34 CE en relación con el artículo 53.1 CE). Ello explica que la normativa ordenadora haya “emancipado” a las cajas de ahorros de la voluntad de sus fundadores (a los que, no obstante, se reconoce presencia en los órganos rectores, artículo 2.1 LORCA), insertándolas con carácter general en un régimen jurídico unitario de configuración legal, no estatutaria (como veremos inmediatamente).

b) La naturaleza pública o privada de las cajas de ahorros.

Se trata, al igual que la anterior, de una cuestión que viene discutiéndose académicamente desde antiguo<sup>161</sup> y a la que la jurisprudencia constitucional no ha dado una solución terminante.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Sostiene su carácter público Martín Mateo: las cajas serían “entes de carácter fundacional, cuya naturaleza pública no es dudosa en cuanto a las dependientes del Estado o de las Corporaciones Locales. Pero aún tratándose de entes de fundación privada, su carácter intrínsecamente público no puede pasar desapercibido (...)”. Martín Mateo, Ramón, *Administración monetaria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, página 116. Más recientemente, este mismo autor ha definido a las cajas de ahorros como “entidades financieras, de régimen privado y titularidad colectiva, regidas por los órganos representativos que determine la Ley”. Martín Mateo, Ramón, *Cajas de ahorros. De la beneficencia al supercapitalismo sin capital*, Revista Valenciana D'Estudis Autonòmics, Valencia, número 23, 1998, página 16.

Por el contrario, a favor de la tesis privatista se pronuncia Guaita: “Las cajas de ahorros son entidades privadas de carácter benéfico”. Guaita Martorell, Aurelio, *Derecho administrativo especial III*, Librería General, Zaragoza, 1969, página 152.

Se han mantenido asimismo tesis intermedias o eclécticas (las cajas como personas jurídicas sui generis, no reconducibles a la dualidad público-privado) y dualistas (la naturaleza pública o privada de la caja dependería de la naturaleza pública o privada del fundador). Véase a este respecto la revisión realizada por Franch i Saguer, Marta, en

Modestamente, anticipo que mi posición es unitaria y (moderadamente) publicista, lo que determinaría que todas las cajas, incluso las de fundación privada, deban considerarse como entidades incluidas, *latu sensu*, en el sector público.<sup>163</sup>

---

*Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, páginas 131 a 139.

<sup>162</sup> “En cuanto a la naturaleza pública o privada de las Cajas es sabido que la cuestión no es pacífica en la doctrina, en la que existen opiniones distintas, desde la que considera que todas las Cajas son entidades privadas hasta la que entiende que todas son entidades públicas, pasando por la que sostiene que su carácter público o privado depende de que hayan sido creadas por Corporaciones públicas o por particulares. (...) Cabe por ello reiterar la doctrina allí sentada en el sentido de que las Cajas, sea cual sea su origen, son entes de carácter social, sin que sea necesario a los efectos del presente recurso una definición más precisa sobre esta cuestión” (STC 49/1988, de 22 de marzo). Creo que se trata de una posición razonable dado que no es misión del Tribunal Constitucional pronunciarse en materia de querellas doctrinales.

<sup>163</sup> Desde una óptica funcionalista, se ha sostenido que la mayoría de las cajas de ahorros se integrarían en el sector público autonómico. Véase, Ureña Salcedo, Juan Antonio, *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005. Ciertamente, las consecuencias de esta calificación no serían meramente teóricas, dado que, de conformidad con el artículo 107 TFUE (antiguo artículo 87 TCE), podría resultar aplicable a ciertos préstamos o adquisiciones de participaciones empresariales de las cajas españolas el régimen de ayudas de Estado del derecho comunitario (véase, op. cit. página 112).

También sostienen la inserción de las cajas en el sector público Boix Palop, Andrés, y Ureña Salcedo, Juan Antonio, *Obra social de las cajas de ahorros y financiación de infraestructuras*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 170, Madrid, Mayo/Agosto 2006.

En primer lugar, creo que el carácter público o privado de la entidad fundadora no altera ni determina la naturaleza de la caja de ahorros<sup>164</sup>. Ello es así en la medida en que el legislador ha establecido un régimen jurídico unitario, aplicable a todas las cajas de ahorros, con independencia de su fundación pública o privada<sup>165</sup>, tanto en su actuación *ad extra* (legislación de ordenación y disciplina) como *ad intra* (determinación de la estructura organizativa por la LORCA y la legislación

---

<sup>164</sup> La tesis dualista ha sido sostenida en particular por Martín Retortillo: *"Ahora bien, manteniendo la solución dual respecto al tema que nos ocupa, que en cierto modo parece la correcta, y sobre la que después insistiré, ¿no quedaría entonces sin sentido el citado artículo 6 de los Estatutos, que refiere que todas las Cajas tendrán igual consideración respecto a su naturaleza? Es posible: no sé de verdad cuál haya de ser la respuesta adecuada al interrogante anterior. No obstante, acojo la tesis dualista – naturaleza privada de unas Cajas, pública de otras –, aun sabiendo que es contraria al texto referido. Y ello, porque entiendo que todavía más en oposición a nuestro sistema jurídico es postular las soluciones unitarias. Esto es, considerar por una parte, como Administraciones públicas – carácter público, en tal caso, de todas las Cajas de Ahorro –, a instituciones de beneficencia de patronato privado, muchas de las cuales sus Estatutos expresamente las califican como entidades privadas de acuerdo, a su vez, con las diferentes Órdenes aprobatorias de los mismos. O, a la inversa, postular con carácter general el carácter privado de todas las Cajas, cuando en nuestro Derecho positivo tenemos pronunciamientos expresos en sentido contrario"*. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, banca y cajas de ahorros*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, página 375.

<sup>165</sup> La referencia a este régimen jurídico unitario no excluye que, en el marco de la LORCA, las cajas domiciliadas en diferentes Comunidades Autónomas puedan quedar sujetas a requisitos variables en función de las opciones adoptadas por la legislación autonómica. Sin embargo, estas diferencias no derivarán de la fundación pública o privada de las cajas, cuyo régimen, en el contexto de la legislación autonómica, será unitario.

autonómica)<sup>166</sup>. En consecuencia, una vez creada, la entidad resulta desligada de la voluntad (real o presunta) del fundador, quedando inserta en un marco general, determinado legislativa e imperativamente, que es de aplicación a todas las cajas sin consideración a su origen público o privado. Esto es, las cajas de ahorros quedan sometidas a un régimen jurídico único de configuración legal, no estatutaria<sup>167</sup>. Ciertamente, frente a esta conclusión puede aducirse que, en la

---

<sup>166</sup> Como señala García de Enterría, aún en los casos *“en que el negocio fundacional era paladino y sus patronatos surgían inequívocamente de ese negocio – no todos los supuestos de cajas eran iguales y esta confusión ha podido jugar en contra de los casos más claros –, en cuanto tales patronatos han sido sustituidos por representaciones externas puramente políticas, totalmente al margen de la voluntad del fundador, si no abiertamente contrarias a ésta”*. García de Enterría, Eduardo, *Constitución, fundaciones, y sociedad civil*, en *RAP*, número 122, 1990, página 249. Evidentemente, el tono del autor es crítico pero lo que me interesa destacar aquí es cómo la caja se desvincula del negocio fundacional (de la voluntad *privada* de los promotores originales) quedando legalmente inserta en un esquema organizativo en el que es la ley la que determina la composición de sus órganos rectores con arreglo a criterios de representación *social* (o *política*, si se aceptan las críticas a la penetración de estas entidades por los entes territoriales). En cualquier caso, parece evidente que no puede ya predicarse el carácter estrictamente *privado* de la caja si se niega virtualidad a la voluntad fundacional.

<sup>167</sup> *“En cuanto a la denominada autonomía estatutaria de las fundaciones parece que con este término se designa la potestad que deberían tener las Cajas, como entidades de carácter fundacional, para darse sus propias reglas de organización. Pero también hay que señalar que esa potestad no deriva necesariamente del carácter fundacional de una entidad. Como se ha dicho, la fundación implica que el fundador puede imponer las normas por las que ha de regirse la persona jurídica que él crea. A lo largo del tiempo cabe que los órganos de la fundación puedan, con la intervención del protectorado en lo que sea necesario, adaptar su organización y los fines señalados originariamente a las nuevas circunstancias legales o sociales. En las Cajas, sin embargo no se trata, de una adaptación, por flexible que ésta se conciba, sino, como se ha dicho, de un cambio*



medida en que la LORCA y, de conformidad con la misma, las legislaciones autonómicas, reconocen una significativa presencia en los órganos de gobierno a las personas o entidades fundadoras (v. artículo 2.1.c) LORCA), en aquellas cajas en las que el fundador sea de naturaleza privada el porcentaje de representantes procedentes de las administraciones públicas será inferior al de aquellas cajas en las que la entidad fundadora sea, por ejemplo, un municipio, pero ello, aun cuando puede ser extremadamente significativo desde una perspectiva práctica o sociológica, no altera, a mi entender, la naturaleza jurídica de la entidad.

Sentada la naturaleza unitaria de las cajas de ahorro, se plantea, en segundo lugar, la cuestión de su carácter público o privado. Ciertamente, a favor de la segunda opción puede señalarse que las relaciones de las cajas con sus clientes se articulan con arreglo a normas de derecho privado, siendo las operaciones resultantes típicamente mercantiles<sup>168</sup>. Sin embargo, parece claro que ello no puede ser un elemento decisivo a la hora de determinar el carácter público o privado de las cajas en cuanto personas jurídicas<sup>169</sup>, pues el derecho administrativo conoce

---

*cualitativo al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros. La voluntad fundacional, cuya protección es la finalidad del artículo 34 de la Constitución, ha quedado así diluida con el paso del tiempo y no puede ser sustituida, al amparo de ese mismo artículo, por una supuesta voluntad de la institución” (STC 49/1988, de 22 de marzo).*

<sup>168</sup> Puede aducirse en contra que el Preámbulo de la LORCA califica a las cajas como “entidades (...) ajenas al lucro mercantil”. Sin embargo, en mi opinión se trata de un dato de escasa utilidad para determinar el carácter público o privado de las cajas por cuanto existen personas jurídico-privadas que carecen igualmente de ánimo de lucro (caso de las fundaciones).

<sup>169</sup> En contra la STS de 26 de octubre de 1982 (RJ 5810/1982) al afirmar que aunque las cajas “sean objeto de una regulación tuitiva, (...) ello carece de la entidad precisa para

personificaciones jurídico-públicas que en sus relaciones externas se someten al derecho privado (caso de las entidades públicas empresariales que, no obstante tener expresamente atribuida personalidad jurídica pública en cuanto organismos públicos, artículo 42.1 LOFAGE, se rigen con carácter general por el derecho privado, artículo 53.1 LOFAGE). Desde esta perspectiva, las cajas no se diferenciarían de la antigua banca oficial, que, no obstante su titularidad pública, operaba en los mercados financieros con arreglo a la legislación y los usos mercantiles, o, en la actualidad, del Instituto de Crédito Oficial que en sus operaciones como entidad de crédito queda sujeto a las normas especiales de éstas y a las generales del ordenamiento jurídico privado civil, mercantil y laboral (disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre y artículo 23 EICO).

Frente a ello, creo que el elemento realmente decisivo para configurar a las cajas de ahorro como entidades integradas en el sector público, entendido éste en un sentido amplio, se encuentra en la ordenación institucional realizada por la LORCA<sup>170</sup> (norma cuyo carácter público no admite duda). Efectivamente, la configuración legislativa de los órganos de gobierno de las cajas de ahorro se realiza con el objetivo esencial de asegurar *“la representación de los intereses*

---

*trastocar la naturaleza privada, connatural a estos institutos, cuyo régimen jurídico, en su esencia, sigue la normativa del derecho privado”*. Sin embargo, creo que este hecho no es decisivo y que, como argumento en el texto, la naturaleza pública de un ente no óbice para que sujete su actividad al derecho privado, máxime en la medida en que la propia sentencia reconoce que este régimen no es aplicable a *“aquellas cuestiones o materias que específicamente se hayan regulado por norma”* (de derecho público, ha de entenderse).

<sup>170</sup> No en vano, señaló Díez-Picazo que se había operado “una vasta operación de traslación de los poderes de gestión de estas entidades a manos públicas” (voto particular a la STC 49/1988, de 22 de marzo).

*colectivos*” (artículo 2.1), debiendo sus componentes ejercer sus funciones en *“cumplimiento de su función social”* (artículo 1). Esta ordenación del régimen interno de las cajas de ahorros, que el Preámbulo de la LORCA refiere expresamente a la *“plena democratización de sus órganos rectores, de forma que en ellas puedan expresarse todos los intereses genuinos de las zonas sobre las que aquéllas operan”*, se fundamenta en la existencia de una titularidad *colectiva o social* de las cajas, titularidad ésta que precisamente cualifica a las cajas como *“entes de carácter social”*, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional.<sup>171</sup> Dicha titularidad colectiva o social se diferencia netamente tanto de la titularidad puramente privada (no predicable de las cajas en la medida en que carecen de socios o asociados) como de la titularidad administrativa (esto es, aquella atribuida a una Administración pública en cuanto persona jurídica), y justifica la *“plena democratización”* de los órganos rectores de las cajas. Por ello, entiendo que incurre en una contradicción insalvable aquella jurisprudencia que sostiene simultáneamente el carácter *“social”* de las cajas de ahorros y su naturaleza jurídico-privada.<sup>172</sup>

En este sentido, conviene enfatizar que se defiende aquí el carácter público, no administrativo, de las cajas. Aunque los términos público y administrativo se utilizan

---

<sup>171</sup> *“Las Cajas son entidades de carácter social y su calificación como empresas (y a éstas se refiere el artículo 129.2 CE) sólo puede hacerse con importantes matizaciones”* (STC 49/1988, de 22 de marzo).

<sup>172</sup> Las SSTs de 2 de febrero de 1988 (RJ 1158/1988) y 8 de julio de 1988 (RJ 8452/1988) califican expresamente a las cajas como *“entes privados de carácter social”*, con cita en ambos casos de la STS de 3 de marzo de 1987 (RJ 1449/1987), la cual, no obstante, no hace referencia a la naturaleza *“privada”* de las cajas.

habitualmente como sinónimos<sup>173</sup> (en la medida en que las Administraciones públicas son el principal cauce a través de cual se actúan los intereses generales, artículo 103.1 CE), deben reconocerse ámbitos sociales o colectivos, públicos por su propia naturaleza que, no obstante, se sitúan extramuros de las Administraciones<sup>174</sup>. O en otros términos, aunque ciertamente las Administraciones territoriales deben ser calificadas de “públicas”, lo público no se agota en ellas. Ello justifica la previsión contenida en la LORCA conforme a la cual la representación de las Administraciones en los órganos de gobierno de las cajas de ahorros no podrá ser en ningún caso mayoritaria (artículo 2.3)<sup>175</sup>: se asegura, así, la presencia en los

---

<sup>173</sup> “Hace notar Bonfante que las dos distintas acepciones del *ius publicum* responden al uso doble, ambiguo, que el adjetivo público tuvo en Roma y tiene todavía hoy. Unas veces, público es igual a ‘estatal’, y otras veces significa ‘social o común’.” Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 1988, tomo primero, volumen primero, página 102.

<sup>174</sup> A este respecto podría sostenerse que la propiedad de las cajas no es propiamente administrativa sino social: “Mientras (las cajas) sigan sin tener (capital) continuarán siendo propiedad de la sociedad en su conjunto y de las corporaciones locales y regionales en concreto, que se han arrogado la representatividad de la sociedad también en este caso”. Arancibia, Salvador Martín, *El dinero de la discordia. Las cajas de ahorros, entre la privatización y el control político*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1998, página 198.

<sup>175</sup> “La representación de las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público en sus órganos de gobierno, incluida la que corresponda a la entidad fundadora cuando ésta tenga la misma naturaleza, no podrá superar en su conjunto el 50 por 100 del total de los derechos de voto en cada uno de tales órganos, teniendo que estar representadas todas las entidades y corporaciones.” Se trata de una previsión introducida en la LORCA por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

centros de decisión de la entidad de intereses sociales o colectivos no institucionalizados en una Administración pública.<sup>176</sup>

Ciertamente, debe subrayarse que sostener la inserción de las cajas de ahorros en el sector público<sup>177</sup>, siquiera entendido éste en un sentido amplio, no supone atribuir

---

<sup>176</sup> La contracara es que los consejeros designados por las Administraciones públicas no representan directamente intereses sociales o a los ciudadanos, sino a la propia Administración en cuanto persona jurídica: "(...) *la remoción de los representantes del Ayuntamiento de Vigo en los Órganos rectores de la Caja de Ahorros Municipal, no rompe la relación representativa entre representantes y representados, dado que la elección de aquéllos no corresponde a los ciudadanos sino al Pleno del Ayuntamiento, por ello el cese de esta representación no afectaba el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos garantizado por el artículo 23 de la Constitución*" (STS de 3 de marzo de 1987, RJ 1449/1987). "(...) *cuando el Ayuntamiento como entidad debe ser representado como en el caso actual, su voluntad se forma por el procedimiento regulado por la legislación de Régimen Local, donde se toman las decisiones por votación mayoritaria. La designación de los consejeros representantes del Ayuntamiento, según la Ley 31/85 ha de hacerse de esta manera. Los órganos rectores de la Caja de Ahorros representan intereses de los Ayuntamientos, impositores, fundadores y empleados. El interés municipal es indivisible, el que ostentan sus representantes y no pueden éstos a su vez fraccionarse en intereses de la mayoría y de la minoría. Tal exigencia sería contraria a la unidad de la persona jurídico pública del Ayuntamiento, al modo de adoptarse sus acuerdos, a la interpretación de la citada ley que no impone tal condicionamiento y a la objetividad de la Administración según el artículo 103 de la Constitución*" (STS de 2 de febrero de 1988, RJ 1158/1988). En idéntico sentido las SSTS de 8 de julio 1988 (RJ 8452/1988) y 11 de febrero de 1989 (RJ 1008/1989).

<sup>177</sup> Alternativamente, podría situarse a las cajas en un sector "social" o "colectivo", intermedio entre el sector privado y el sector público. Esta parece ser, siquiera obiter dicta, la posición de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional: "(...) *es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general. La configuración del Estado como*

a las cajas la condición de administraciones públicas, por lo que ni su actuación adopta la forma de actos administrativos<sup>178</sup>, ni el régimen de sus empleados es

---

*social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica” (STC 18/1984, de 7 de febrero).*

Sin embargo, creo que recurrir a un *tertius genus* entre las categorías clásicas público-privado, no resuelve el problema sino que simplemente lo elude. La titularidad colectiva y la consiguiente “plena democratización” de sus órganos rectores impulsada por la LORCA creo que excluyen el carácter jurídico-privado de las cajas y justifican su inserción, con las matizaciones señaladas, en el sector público *latu sensu*.

<sup>178</sup> Evidentemente, las operaciones incluidas en el giro ordinario de la caja no son actos administrativos, sino mercantiles. En cuanto a los actos internos: *“Que pretender justificar el carácter administrativo de las resoluciones que fueron dictadas, como una manifestación de la potestad delegada de la Administración, carece de rigor jurídico -artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado-, y, por ello, no se puede atribuir a esa concepción un efecto determinante y modificativo de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro, pero aun en el supuesto contrario subsistiría la conclusión antes establecida, cuestión que a su vez está profundamente ligada con la concreción de lo que se entiende por acto administrativo, pues su fijación evidenciará, una vez más, la improcedencia de la pretensión deducida por los recurrentes, porque en sí comporta un juicio de valor, que representa o implica un proceder positivo o negativo que, como contenido, puede corresponder a la teoría, general del acto jurídico, pero con la adición de otros presupuestos o elementos de orden subjetivo, objetivo y formal, pueden llevarnos a la concreción de los actos a los que pueden calificarse de administrativos, partiendo del artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que ‘los actos administrativos se producirán por el órgano competente’ de donde se deduce uno de los caracteres esenciales como es su*

estatutario, ni sus directivos son cargos públicos<sup>179</sup>, ni su fiscalización corresponde

---

*unilateralidad, teniendo expresión a través del 'procedimiento que, en su caso, estuviera establecido', lo que comporta una forma de elaboración de la voluntad, y esa voluntad, debe ser manifestada, para la consecución de un fin, causa o motivo, mediante su exteriorización por alguno de los órganos a que se refiere el artículo 1-2 de la Ley Jurisdiccional, circunstancia que nos conduce a la declaración de inadmisibilidad de este especial recurso en lugar de su desestimación"* (STS de 26 de octubre de 1982, RJ 5810/1982). Era objeto de recurso el acuerdo del Consejo de Administración de una caja de ahorros que confirmaba la resolución adoptada por la Junta Electoral Interna excluyendo a los recurrentes de las listas de candidatos en las elecciones de representantes del personal en los órganos de gobierno de la institución.

Por el contrario, resulta indudable el carácter administrativo del acto por el cual una administración municipal designa representantes en los órganos de gobierno de una caja de ahorros, por lo que cabe contra el mismo recurso contencioso-administrativo (STS de 3 de marzo de 1987, RJ 1449/1987; STS de 2 de febrero de 1988, RJ 1158/1988; STS de 8 de julio de 1988, RJ 8452/1988; STS de 11 de febrero de 1989, RJ 1008/1989). A idéntica conclusión debe llegarse respecto de los actos de fiscalización o control de una caja de ahorros adoptados por una Administración pública: *"Todas las Cajas de Ahorros – cualquiera que sea su fundador – están sujetas al protectorado del Estado en determinados aspectos (...). Los actos administrativos que dicte el Ministerio de Economía en el ejercicio del protectorado son sin duda actos de los poderes públicos"* (STC 18/1984, de 7 de febrero).

<sup>179</sup> *"(...) no teniendo los miembros del Consejo de Administración elegidos – y lo mismo podría decirse de los de la Asamblea General – la consideración de cargos públicos a los efectos del artículo 23 de la Constitución"* (STS de 3 de marzo de 1987, RJ 1449/1987). En sentido idéntico, la STS de 2 de febrero de 1988 (RJ 1158/1988): *"(...) los miembros de su Asamblea o Consejo de administración no tienen la consideración de cargos públicos y no es aplicable a su elección el artículo 23.2 de la Constitución que se refiere al derecho a la participación de los ciudadanos por medio de sus representantes políticos o administrativos"*.

a la jurisdicción contencioso-administrativa. Creo, a este respecto, que no puede reconocerse carácter administrativo ni siquiera de aquellas cajas que, por haber sido fundadas por entes públicos territoriales (en particular, por los municipios)<sup>180</sup>, han mantenido tradicionalmente un vínculo estrecho con los mismos; y ello, por lo mismos motivos por lo que defendíamos la existencia de un régimen jurídico unitario para todas las cajas con independencia de su origen público o privado: la entidad queda desligada del ente fundador e inserta en un régimen de configuración legal, no siendo predicable de la misma la relación de instrumentalidad propia de los entes de la administración institucional<sup>181</sup>.

---

Cuestión distinta, y que pertenece más al ámbito de la sociología o de la politología, es la mayor o menor cercanía de los representantes a concretas opciones partidarias.

<sup>180</sup> Esta era, precisamente, la posición de García-Trevijano: las cajas creadas por los municipios serían *“organismos autónomos locales (administración mediata) debido a que la tutela es total, porque inciden las formas de gestión previstas en la Ley de Régimen Local, que prevalecen sobre el Estatuto específico de tales Cajas en el aspecto subjetivo”*. García-Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo II*, Ed. Edersa, Madrid, 1971, página 1233.

<sup>181</sup> *“(...) el ente institucional no tiene fines propios, sino que actúa directamente los fines del ente fundador, sin perjuicio de que una ‘conversión técnica organizativa’ los destaque inmediatamente como propios de la gestión a aquél encomendada”*. García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, página 414.

Cuestión distinta es que, desde el punto de vista político-sociológico, las cajas de ahorros hayan estado sometidas a un proceso de progresiva sujeción a la “autoridad” de los gobiernos de las Comunidades Autónomas, que han llegado a influir en las decisiones de inversión en favor de determinados proyectos empresariales que se consideraban de interés regional. Por ello, se ha llegado a calificar críticamente a las cajas de ahorros como



## **2.4. Las cooperativas de crédito**

### **2.4.1. Naturaleza**

Conforme al artículo 1.1 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo (en adelante LCC), *“son cooperativas de crédito las sociedades constituidas con arreglo a la presente Ley, cuyo objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito”*.<sup>182</sup>

Esta doble naturaleza de las cooperativas de crédito supone que *“en el régimen jurídico de estos intermediarios financieros confluyen aspectos crediticios y cooperativos”* (STC 134/1992, de 5 de octubre, y STC 155/1993, de 3 de mayo) y, consiguientemente, competencias estatales y autonómicas: *“Confluyen, de este modo, una pluralidad de títulos competenciales cuya delimitación en abstracto presenta dificultades, pues el solapamiento y entrecruzamiento mutuo resulta ser*

---

*“agencias cuasi-gubernamentales para el trasvase del ahorro de las familias a colocaciones decididas por vía política”*. Toribio Dávila, J.J., *Tradición y modernidad en las cajas de ahorros*, en *Papeles de Economía Española*, número 97, 2003, página 240.

<sup>182</sup> La mayoría de las cooperativas de crédito han estado tradicionalmente centradas en la financiación de la agricultura, adoptando la denominación de “cajas rurales”: *“Sólo las cooperativas de crédito cuyo objeto principal consista en la prestación de servicios financieros en el medio rural podrán utilizar, conjuntamente o por separado de la denominación Cooperativa de Crédito, la expresión Caja Rural”* (artículo 3.3 LCC). En la actualidad existen en España 92 cooperativas de crédito, de las cuales 84 son cajas rurales y 8 cajas populares y profesionales (datos de UNACC, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito).

*especialmente intenso. Esta constatación, además, alcanza un punto álgido en el supuesto que ahora nos ocupa, referido a unas entidades – las cooperativas de crédito – que siendo, en principio, englobables en el género común de las cooperativas, la especialidad dimanante de su actividad crediticia las ha asimilado y terminado por incorporar al género de las entidades o establecimientos de crédito” (STC 155/1993, de 6 de mayo).*

Consecuentemente, en el caso del Estado, el título esencial de intervención lo constituirán, en los términos analizados anteriormente, las “bases de la ordenación del crédito”<sup>183</sup>, de modo que, como señala expresamente la Exposición de Motivos de la propia LCC, “la presente Ley no pretende ofrecer una regulación completa y exhaustiva de todos los aspectos de las cooperativas de crédito, sino tan sólo establecer las bases del régimen jurídico de dichas instituciones en cuanto entidades de crédito, que al Estado corresponde dictar al amparo del artículo 149.1.11 de la Constitución.”

En particular, la solvencia de las cooperativas de crédito es “un fin que trasciende los intereses comunitarios y las situaciones concretas, incidiendo de manera inmediata en la estabilidad y buen funcionamiento del sistema financiero en su

---

<sup>183</sup> “(...) en lo que atañe a las cooperativas de crédito, la competencia exclusiva que en materia de cooperativas -siempre, no obstante dentro del respeto a la legislación mercantil- la Generalidad de Cataluña trae a colación como uno de los fundamentos centrales de la impugnación, debe conjugarse, como reconoce la propia Generalidad, con la competencia, también exclusiva del Estado para fijar las bases de la ordenación del crédito (artículo 149.1.11 CE), ya que, como dijimos tempranamente (STC 1/1982, fundamento jurídico tercero), esas bases deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios “ (STC 155/1993, de 6 de mayo).

*conjunto, cuyo garante es el Banco de España” (STC 235/1999, de 16 de diciembre, reiterada por STC 275/2000, de 16 de noviembre).*

Sin perjuicio de todo ello, la competencia estatal se extiende, asimismo, a la actividad supracomunitaria de las cooperativas de crédito. Efectivamente, aunque el Tribunal Constitucional había declarado anteriormente la competencia autonómica *“para regular por Ley las cooperativas que llevan a cabo su actividad societaria típica (...) dentro del territorio de la Comunidad, aun cuando establezcan relaciones jurídicas o realicen actividades de carácter instrumental fuera del territorio de la misma”* (STC 72/1983, de 29 de julio), la actividad crediticia extracomunitaria realizada por las cooperativas de crédito no constituye “actividad instrumental”, de modo que *“la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma abarca las cooperativas de ámbito provincial intracomunitario y las de ámbito supraprovincial pero no supracomunitario, dado que para las cooperativas de ámbito superior al de la Comunidad Autónoma la competencia correspondería al Estado”* (STC 44/1984, de 27 de marzo).<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> *“(...) la ampliación del ámbito de actuación de la cooperativa más allá de los límites territoriales fijados para el País Vasco en su Estatuto de Autonomía, afecta a la actividad típica de la sociedad cooperativa de crédito, pues supone el establecimiento de relaciones jurídico-financieras de carácter estable, con socios cuyo domicilio social y ámbito de actuación pertenezcan a otra Comunidad Autónoma (...). No se trata, pues, de simples consecuencias de hecho derivadas de la actividad cooperativa que se realiza dentro del País Vasco, ni de relaciones jurídicas o actividades con terceros de carácter instrumental, sino que la dimensión extraterritorial forma parte esencial de la configuración de la entidad cooperativa. (...) A lo anteriormente expuesto hay que añadir que, por tratarse de una cooperativa de crédito, su actividad extraterritorial afecta, a su vez, al ámbito competencial territorial de otras Comunidades Autónomas por los posibles conflictos de intereses que la realización de operaciones financieras lleva consigo, tal como ha reconocido la sentencia de este Tribunal de 28 de enero de 1982 en relación con las Cajas de Ahorro, lo que viene a poner de manifiesto el carácter supracomunitario, de dicha actividad cooperativa y, en*

#### 2.4.2. Régimen jurídico

*Conforme al artículo 2 LCC, "Las Cooperativas de Crédito se registrarán por la presente Ley y sus normas de desarrollo, sin perjuicio, en cuanto a estas últimas, de las disposiciones que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en la materia. También les serán de aplicación las normas que con carácter general regulan la actividad de las entidades de crédito. Con carácter supletorio les será de aplicación la Legislación de Cooperativas."*

En consecuencia, las cooperativas de crédito quedarán sometidas:

a) Institucionalmente, a su legislación específica, estatal (Ley 13/1989, de 26 de mayo, desarrollada por Reglamento aprobado por Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, en adelante RCC) y autonómica (dado que ciertas Comunidades han aprobado normas específicamente dedicadas a las cooperativas de crédito, como Valencia, Ley 8/1985, de 31 de mayo, o Extremadura, Ley 5/2001, de 10 de mayo). Supletoriamente, será de aplicación la legislación sobre cooperativas, estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio) y autonómica.

---

*consecuencia, del interés público que justifica la competencia estatal. (...) De todo lo anterior se deriva que el criterio del domicilio social para la determinación de la titularidad de la competencia controvertida no puede encontrar apoyo en la Ley General de Cooperativas ni en las normas que desarrollan, y que, de conformidad con ellas, en todo caso corresponderían al Estado las competencias relativas al Registro de aquellas cooperativas cuyo ámbito de actuación rebase los límites territoriales de la Comunidad Autónoma."*

b) Operativa o funcionalmente, a la legislación general en materia de entidades de crédito y, en particular, a las normas de ordenación y disciplina (Ley 26/1988, de 29 de julio, a la que se remite expresamente el artículo 12 LCC).

#### 2.4.3. Constitución

La constitución de una cooperativa de crédito requerirá autorización previa del Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 5.1 LCC).<sup>185</sup> La atribución al Estado de esta competencia esencialmente ejecutiva<sup>186</sup> es acorde con la jurisprudencia constitucional conforme a la cual *“la constitución de nuevas entidades crediticias, por su incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional, necesariamente queda reservada a las autoridades estatales en la materia”* (STC

---

<sup>185</sup> Corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, siempre previo informe del Banco de España y del Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias en los aspectos de su competencia, resolver sobre la autorización de las cooperativas de crédito, poniendo fin a la vía administrativa (artículo 1.1 RCC). La instrucción del expediente se realizará por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (artículo 2.1 RCC).

<sup>186</sup> *“esta autorización (...) aun a pesar de su carácter ejecutivo no puede considerarse ajena al ámbito competencial de las bases de la materia de ordenación de crédito. Reiterada doctrina de este Tribunal ha establecido que la competencia del Estado sobre las bases de ordenación de crédito alcanza y engloba también aspectos puramente ejecutivos cuando se encuentren afectados directamente intereses supraautonómicos, se trate de decisiones y actuaciones que trascienden del caso particular y de las concretas situaciones afectadas; dada la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional o, en fin, cuando el acto de ejecución comporte, por necesidad intrínseca de la materia, márgenes de discrecionalidad que sólo pueda ser adoptado por instancias que tengan a su cuidado intereses peculiares distintos a los puramente generales”* (STC 155/1993, de 6 de mayo).

275/2000, de 16 de noviembre, reiterando doctrina establecida en SSTC 135/1993, de 19 de abril, 96/1996, de 30 de mayo, y 235/1999, de 20 de diciembre), si bien la autorización estatal *“no excluye otras intervenciones administrativas y entre ellas la autonómica”* (STC 155/1993, de 6 de mayo).

Concedida la autorización, la cooperativa de crédito en constitución deberá solicitar su inscripción en el Registro correspondiente del Banco de España, acompañando al efecto copia de la escritura pública de constitución y de los Estatutos (artículo 5.2 LCC). También aquí, la atribución al Banco de España de una competencia esencialmente ejecutiva como es la registral resulta conforme con el bloque de constitucionalidad: *“correspondiendo al Estado -sin perjuicio de otras posibles- la autorización de las cooperativas de crédito, la inscripción de las mismas en un Registro a cargo del Banco de España -que como hemos precisado en las SSTC 135/1992, fundamento jurídico tercero y 178/1992, fundamento jurídico segundo, se configura como asesor del Gobierno de la Nación y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia, razón por la cual interviene, en un nivel operativo y por razón de su especialización técnica, en la ordenación básica del crédito, es complemento lógico e indispensable para asegurar una necesaria uniformidad en la aplicación de la Ley y por razón misma del carácter de establecimientos de crédito que a dichas cooperativas la normativa estatal les reconoce (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio)”* (STC 155/1993, de 6 de mayo). Una vez inscrita la cooperativa en el Registro del Banco de España, deberá procederse a su inscripción en el Registro Mercantil y en el correspondiente Registro de Cooperativas, en cuyo momento adquirirán personalidad jurídica (esto es, la inscripción en el registro de cooperativas tiene carácter constitutivo, como expresamente previene el artículo 1.3 RCC).

#### 2.4.4. Requisitos

De conformidad con el artículo 2.1 RCC serán requisitos para obtener y conservar la autorización como cooperativa de crédito los siguientes:

1º) Revestir la forma de sociedad cooperativa constituida con arreglo a la Ley de Cooperativas (en la actualidad, Ley 27/1999, de 16 de julio). Conforme al artículo 1.1 de dicha Ley, *“la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley.”* Son órganos sociales de las cooperativas de crédito la Asamblea General y el Consejo Rector (artículo 9.1 LCC).

2º) Tener un capital social inicial o disponer en todo momento de unos recursos propios no inferiores a las siguientes cuantías: (a) cooperativas de crédito de ámbito local que vayan a operar en municipios de menos de 100.000 habitantes de derecho: 175 millones de pesetas; (b) cooperativas de crédito de ámbito local no incluidas en el apartado anterior, ni en el siguiente, o de ámbito supralocal sin exceder de una Comunidad Autónoma: 600 millones de pesetas; (c) cooperativas de crédito con sede o ámbito que incluya los municipios de Madrid o Barcelona o de ámbito supraautonómico, estatal o superior: 800 millones de pesetas (artículo 3.1 RCC)

3º) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito. No obstante, aunque las cooperativas de crédito podrán realizar toda clase de operaciones activas, pasivas y de servicios permitidas a otras entidades de crédito, su naturaleza cooperativa impone que desarrollen su actividad mercantil *“con atención preferente a las necesidades financieras de sus socios”* (artículo 4.1 LCC). Esta orientación se concreta operativamente en la exigencia legal de que *“en cualquier caso, el conjunto de las operaciones activas con terceros de una*

*cooperativa de crédito no podrá alcanzar el 50 por 100 de los recursos totales de la entidad” (artículo 4.2 LCC).*

4º) Contar con una buena organización administrativa y contable y con procedimientos de control internos adecuados.

5º) No reservar a los promotores, fundadores o socios iniciales, ventaja o remuneración especial alguna.

6º) Contar con un Consejo Rector formado, al menos, por cinco miembros, dos de los cuales podrán ser no socios. Todos ellos serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, debiendo poseer, al menos dos de ellos, conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones. Tales condiciones de honorabilidad, conocimientos y experiencia deberán concurrir también en los Directores generales o asimilados de la entidad. Los términos “honorabilidad” y “experiencia” se definen en el propio artículo 2 RCC en términos sustancialmente idénticos a los del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos.

7º) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional.

8º) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, en las condiciones establecidas en los artículo 11 y 12 del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.

#### 2.4.5. Fusiones, escisiones o absorciones



De conformidad con el artículo 10 LCC, requerirán autorización administrativa previa, las fusiones, escisiones o absorciones que afecten a una cooperativa de crédito<sup>187</sup>. Aunque este precepto legal<sup>188</sup> no señala expresamente qué autoridad,

---

<sup>187</sup> En términos más concretos el artículo 30.1 RCC: *“Están sometidas al requisito de autorización administrativa previa, aquellas escisiones y fusiones que afecten a cooperativas de crédito, en los términos siguientes: a) Las escisiones que tengan por objeto promover una cooperativa de crédito, sea a partir de otras entidades o de una sección crediticia de cooperativas de otras clases, así como las que incidan, en todo o en parte, sobre el patrimonio y el colectivo social de cualquier cooperativa de crédito. b) Las fusiones que tengan lugar entre cooperativas de otras clases -salvo, las de seguros- para promover una de crédito, y las que se produzcan entre cooperativas de crédito preexistentes, o entre éstas y otras entidades de depósito cuando las otras sociedades del sector cooperativo se inhiban del propósito fusionista en el plazo de tres meses una vez recibida la información pertinente del Consejo Rector de la cooperativa crediticia afectada. c) Las fusiones que, excluyendo también a las de seguros, se produzcan entre cooperativas de crédito y cooperativas de otra clase o grado siempre que éstas tengan sección de crédito o el núcleo de su objeto social, al menos, pueda ser válidamente asumido, como servicios complementarios o auxiliares, por la cooperativa de crédito nueva o absorbente.”*

Esta relación tiene carácter limitativo, dado que fuera de estos supuestos no podrán realizarse fusiones o escisiones que afecten a cooperativas de crédito (artículo 30.1 RCC).

<sup>188</sup> Más explícito resulta el artículo 31 RCC: en el caso de fusiones mixtas (esto es, aquellas con otras entidades de depósito, inciso final del artículo 30.1.b) RCC), la competencia corresponderá a la autoridad estatal, cuando o bien la cooperativa implicada rebase el ámbito autonómico, o la Comunidad Autónoma carezca de competencia sobre alguna de las entidades afectadas, o se trate de entidades con sede en distintas Comunidades Autónomas.

estatal o autonómica, es competente para conferir o denegar la referida autorización, el Tribunal Constitucional, en STC 275/2000, de 16 de noviembre, ha establecido criterios precisos, al señalar que corresponde al Estado<sup>189</sup> cuando la Comunidad Autónoma (1) carezca de competencias sobre todas las entidades afectadas, (2) el ámbito operativo de las sociedades resultantes sobrepase el territorio autonómico, o (3) el proceso afecte también a entidades radicadas en otras Comunidades Autónomas, por cuanto *“en tales supuestos no se trata de una actividad instrumental que se realice con terceros radicados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma (al respecto, STC 165/1985), sino, por el contrario, de una operación conducente a modificar la estructura o dimensiones de las sociedades implicadas en el proceso de escisión o fusión, lo que pone de manifiesto el carácter supracomunitario que reviste esta decisión y, en consecuencia, el interés público que justifica la competencia estatal (STC 44/1984).”*

La omisión de la autorización o el incumplimiento de las condiciones básicas fijadas en la misma constituyen infracciones muy graves en materia de disciplina bancaria (artículo 4 LDIEC).

Una vez conferida la autorización, si la entidad resultante de la fusión, escisión o absorción fuera una cooperativa de crédito, ésta deberá solicitar su inscripción en el

---

<sup>189</sup> Dentro de la Administración del Estado, corresponde la competencia a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, previo informe del Banco de España (artículo 31.1 RCC). Asimismo, *“en todos los supuestos de fusión o escisión que afecten a cooperativas de crédito cuya autorización sea competencia estatal, será necesario informe previo de la Comunidad Autónoma con competencia sobre alguna de las afectadas quien lo remitirá en el plazo máximo de dos meses desde su petición, continuándose la tramitación del expediente si no se recibe en dicho plazo”* (artículo 31.2 RCC).

Registro correspondiente del Banco de España (párrafo segundo del artículo 10 LCC).<sup>190</sup>

## **2.5. Los establecimientos financieros de crédito**

### **2.5.1. Concepto**

Los establecimientos financieros de crédito (en adelante, EFC) son sociedades anónimas que ejercen principalmente una o varias de las actividades de intermediación financiera a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril (la de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales; las de “factoring”, con o sin recurso<sup>191</sup>; las de arrendamiento financiero<sup>192</sup>; la de emisión y gestión de

---

<sup>190</sup> Esta inscripción debe entenderse sin perjuicio de cualesquiera otras que resulten legalmente preceptivas, en particular en el Registro de Cooperativas y en el Mercantil (artículo 31.3 RCC).

<sup>191</sup> Incluidas las actividades complementarias de la misma, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores y, en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional o internacional, que les sean cedidos (artículo 1.1.b) del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril).

<sup>192</sup> Con inclusión de las siguientes actividades complementarias: 1ª Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos. 2ª Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura. 3ª Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero. 4ª Actividades de arrendamiento no financiero que podrán complementar o no con una opción de compra. 5ª Asesoramiento e informes comerciales (artículo 1.1.c) del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril).

tarjetas de crédito; y la de concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares).<sup>193</sup>

El antecedente directo de los EFC puede situarse en las denominadas “entidades de crédito de ámbito operativo limitado”, categoría regulada en el Real Decreto 771/1989, de 23 de junio, que comprendía las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero<sup>194</sup> y las sociedades mediadoras del mercado de dinero<sup>195</sup>. Sin embargo, a diferencia de las

---

<sup>193</sup> Como actividades accesorias, los establecimientos financieros de crédito podrán realizar cualesquiera otras que sean necesarias para un mejor desempeño de su actividad principal (artículo 1.2 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril).

<sup>194</sup> *“Las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, así como las sociedades de arrendamiento financiero, deberán transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Transcurrido dicho plazo sin que tenga lugar la citada transformación, ni haberse pedido convertir en otro tipo de entidad de crédito, perderán su condición de entidad financiera”* (apartado sexto de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril). Conforme a la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, *“las entidades de crédito de ámbito operativo limitado que el 1 de enero de 1997 no se hayan transformado ni en establecimientos financieros de crédito, ni en otro tipo de entidades de crédito, perderán su condición de entidad financiera, caducando su autorización y cancelándose de oficio su inscripción en el Registro del Banco de España. A partir de dicha fecha la entidad afectada no podrá realizar ninguna de las actividades propias de las entidades de crédito o de los establecimientos financieros de crédito.”*

<sup>195</sup> *“Las Sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero tendrán por objeto social la intermediación financiera en los mercados monetarios interbancarios y, de acuerdo con lo previsto en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en el Mercado de la Deuda Pública representada en Anotaciones en Cuenta”* (artículo 1 del Real Decreto 771/1989, de 23 de junio).

“entidades de crédito de ámbito operativo limitado”, respecto de las que se prevenía expresamente que la limitación estatutaria del objeto social había de referirse al objeto exclusivo impuesto en las normas relativas a cada tipo de entidad, los EFC pueden ejercer principalmente (esto es, no exclusivamente) una o varias de las actividades financieras antes aludidas.<sup>196</sup>

### 2.5.2. Naturaleza

Así concebidos, los EFC presentan las siguientes notas caracterizadoras:

(a) Los EFC son entidades de crédito, pues, en este punto, la previsión inicial de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril (*“tendrán la consideración de EFC aquellas entidades que no sean entidad de crédito y cuya actividad principal...”*), fue expresamente rectificada por el apartado cuarto de la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre (*“los EFC regulados por la disposición adicional primera de la Ley 3/1994 tendrán la consideración de entidades de crédito...”*), criterio que confirma el artículo 1.2.e) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (en redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre), y a nivel reglamentario, el artículo 1.1 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril.

---

<sup>196</sup> *“Los establecimientos financieros de crédito ven eliminada la rígida delimitación de su capacidad operativa que caracterizaba la regulación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado, lo que constituye una diferencia fundamental con respecto a dichas entidades. Podrán, en consecuencia, realizar una o varias de las actividades típicas de las entidades de crédito (concesión de préstamos y créditos, ‘factoring’, arrendamiento financiero, emisión y gestión de tarjetas de crédito y concesión de avales y garantías)”* (Preámbulo del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril).

(b) No obstante, a diferencia de bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, los EFC no son entidades de depósito: conforme al apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *“los establecimientos financieros de crédito no podrán captar fondos reembolsables del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos u otros análogos, cualquiera que sea su destino”*. Como consecuencia de ello, no les resulta obviamente aplicable la legislación sobre garantía de depósitos (expresamente en este sentido, el inciso final del apartado cuarto de la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre).

Sin embargo, con sujeción a la Ley 24/1988, de 28 de julio, se permite a los EFC la emisión de valores con vencimiento superior a un mes (artículo 2.2.c) del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril), no siéndoles de aplicación el límite establecido en el artículo 282 LSA (*“la sociedad podrá emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda, siempre que el importe total de las emisiones no sea superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda”*). Asimismo, los EFC podrán titularizar sus activos con sujeción a la normativa general reguladora de los fondos de titulización.

(c) Los EFC gozan de reserva de denominación, la cual es de inserción forzosa (*“la denominación de ‘establecimiento financiero de crédito’, así como su abreviatura ‘E.F.C.’, quedará reservada a estas entidades, las cuales estarán obligadas a incluirlas en su denominación social”*, apartado tercero de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril), pero no de reserva de actividad (esto es, las actividades mencionadas como propias de los EFC pueden, no obstante, ser ejercidas libremente por personas físicas o jurídicas no autorizadas como EFC). Aunque esta solución no deja de ser anómala (en la medida en que sujeta a un estricto régimen autorizador a unas entidades que ejercen actividades

liberalizadas), resulta coherente con el sistema establecido en la legislación de disciplina. Efectivamente, aunque el artículo 28.1 LDIEC consagra en términos generales el principio de reserva de actividad de las entidades de crédito, su efectiva concreción requiere norma con rango legal (*"ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito..."*). Consecuentemente, en la medida en que las actividades financieras a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, no se someten expresamente a reserva en el artículo 28.2 LDIEC (o en otra norma de rango legal) su prestación es libre aún cuando no se disponga de autorización o registro como EFC.

### 2.5.3. Creación

Conforme al apartado cuarto de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *"corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, autorizar la creación de EFC"*.<sup>197</sup> En relación con este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"la atribución de la competencia para autorizar la creación de establecimientos financieros de crédito al Ministro de Economía y Hacienda no vulnera las competencias autonómicas de ejecución de las bases de ordenación del crédito. En efecto, como hemos señalado en repetidas ocasiones, la autorización estatal para la creación de nuevas entidades financieras o de crédito, que no excluye otras intervenciones administrativas y, entre ellas, la autonómica, no puede considerarse ajena al ámbito competencial estatal sobre las bases de la ordenación del crédito, materia en la que se encuadra el régimen de los establecimientos financieros de crédito (STC*

---

<sup>197</sup> En sentido idéntico el artículo 1.1 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, que exige, asimismo, informe del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en los aspectos de su competencia.

96/1996, fundamento jurídico 18), aun a pesar de su carácter ejecutivo, toda vez que la constitución de nuevos intermediarios crediticios presenta una indudable incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional" (STC 235/1999, de 16 de diciembre).

El procedimiento de autorización de los EFC regulado en el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, es básicamente el previsto para los bancos en el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, si bien con cierta reducción de plazos. Asimismo, los requisitos para el ejercicio de la actividad establecidos en el artículo 5 son análogos a los de los bancos, aunque menos exigentes (así, el capital social mínimo se fija en 850 millones de pesetas, frente a los 3.000 millones exigidos en el artículo 2.1.b) del Real Decreto 1245/1995). Esta menor exigencia se justifica por las limitaciones impuestas a los EFC en materia de financiación y, en particular, por la prohibición de obtener fondos reembolsables del público, lo que reduce drásticamente los riesgos sistémicos.

Una vez obtenida la autorización administrativa, se procederá a la constitución e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y en el Registro Especial del Banco de España.<sup>198</sup> La autorización podrá, no obstante, ser revocada si desde su concesión transcurriera un año sin que el EFC inicie sus operaciones por causas imputables a los promotores (artículo 3.3 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril).

#### 2.5.4. Control e inspección

De conformidad con el apartado cuarto de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, *"corresponderá al Banco de España el control e inspección*

---

<sup>198</sup> El Banco de España gestiona asimismo un Registro de Altos Cargos de los EFC, donde deberán inscribirse obligatoriamente los consejeros, directores generales y asimilados de los mismos (artículo 5.3 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril).



*de todos los establecimientos financieros de crédito...”, precepto que resulta coherente con la competencia general conferida a esta institución en el artículo 7.6 de su Ley de Autonomía (“El Banco de España deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión”).*

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha admitido la atribución de las competencias de supervisión de los EFC al Banco de España por cuanto *“lo que la disposición adicional primera de la Ley 3/1994 hace no es sino singularizar una categoría de entidades financieras, los establecimientos financieros de crédito, sobre los cuales el Banco de España queda facultado para ejercer las potestades de control y supervisión, que ‘se justifica en atención a las funciones de disciplina e inspección que sobre la totalidad del sistema financiero corresponden al Banco de España’ (STC 133/1997, fundamento jurídico 12.b). Dicha atribución se efectúa, obviamente, sin perjuicio de la supervisión prudencial que, paralelamente, pueda desarrollar la Generalidad de Cataluña cuando quede habilitada para ello conforme a las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias en la materia” (STC 235/1999, de 16 de diciembre).*

Por el contrario, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del apartado cuarto de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, en cuanto sometía a los EFC al régimen sancionador de la LDIEC, al suponer *“una indebida asunción de competencias por el Estado en punto al régimen sancionador de las entidades financieras o de crédito que no tuvieran la condición de Cajas de Ahorro o de Cooperativas de Crédito, con la consiguiente negación implícita de toda*

*competencia autonómica en este ámbito*” (STC 235/1999, de 16 de diciembre, reiterando la doctrina establecida en STC 96/1996, de 30 de mayo).

## **2.6. Las entidades de dinero electrónico**

Las entidades de dinero electrónico son entidades de crédito, distintas de las anteriores<sup>199</sup>, cuya actividad principal<sup>200</sup> consiste en emitir medios de pago en forma de dinero electrónico.

Se entiende por dinero electrónico el valor monetario representando por un crédito exigible a su emisor: (a) Almacenado en un soporte electrónico. (b) Emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido. (c) Aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor (artículo 1.2 del Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico).

Como entidades de crédito, la autorización de las entidades de dinero electrónico corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda y su control e inspección al Banco de España.

---

<sup>199</sup> Legalmente establece el artículo 21 LF que *“tendrán la consideración de Entidades de Dinero Electrónico aquellas entidades de crédito distintas de las definidas en el párrafo a), apartado 1 del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas...”*.

<sup>200</sup> Para las actividades comerciales distintas de la emisión de dinero electrónico, véase el artículo 2 del Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero.

El ejercicio de la actividad queda sometido a requisitos análogos a los de los bancos (véase supra), si bien el capital social mínimo se establece en un millón de euros (v. artículo 6 del Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero).

### **3. La regulación del acceso a la actividad crediticia**

#### **3.1. La competencia autorizatoria en el derecho comparado**

En el presente apartado analizaremos las respectivas soluciones adoptadas en materia de competencia autorizatoria en los Estados Unidos y en la Unión Europea. Este análisis comparado, siempre interesante para entender en profundidad las instituciones jurídicas, presenta en relación con esta materia un interés particular dada la similitud de los puntos de partida a ambos lados del Atlántico. Efectivamente, aunque a diferencia de los Estados Unidos, la construcción europea no es calificada, al menos abiertamente, como “federal”, el marco del que partieron las Directivas de Coordinación Bancaria (con mercados crediticios netamente segmentados) presenta sorprendentes similitudes con el escenario prevalente en los Estados Unidos antes de la *National Bank Act* de 1863, no obstante lo cual, las soluciones adoptadas por ambos ordenamientos difieren en aspectos notables. Particularmente significativo debe reputarse, a estos efectos, el hecho de que características esenciales del sistema norteamericano, como el “principle of choice” o la competencia entre agencias reguladoras, hayan sido conscientemente rechazadas por las Directivas comunitarias.

##### **3.1.1. El sistema “dual” de los Estados Unidos**

###### **(1) Antecedentes<sup>201</sup>**

---

<sup>201</sup> Con carácter previo, es importante destacar que la banca norteamericana ocupa una posición menos central en la economía que la banca europea. Efectivamente, las entidades de crédito han estado tradicionalmente sometidas en los Estados Unidos a limitaciones más estrictas, tanto en lo relativo a su expansión geográfica, como a las actividades permitidas. Como consecuencia de ello, en 1999, los activos bancarios norteamericanos alcanzan el 65,9 por 100 del PIB, siendo los valores mucho más elevados en Europa: la

El vigente sistema norteamericano es conocido como “*dual banking system*”, denominación que trata de describir la coexistencia de potestades autorizatorias federales y estatales respecto de las entidades de crédito.<sup>202</sup>

---

media se situaba en el 226,7 por 100, superando el 300 por 100 países como Alemania (España se situaba en torno al 160 por 100).

Aunque desde esa fecha, se ha acometido ciertas reformas en los Estados Unidos que han suprimido algunas de las restricciones existentes (muy en particular, la Gramm-Leach-Bliley Act o GLBA de 1999, que liberalizó las actividades de las Financial Holding Companies a través de subsidiarias no bancarias), la banca continúa desempeñando un papel más limitado en la financiación de la economía norteamericana, lo que resulta compensado por unos mercados de capitales notablemente más desarrollados, líquidos y profundos que los europeos.

Naturalmente, eso no puede dejar de tener efectos en el contexto actual de aguda crisis bancaria y “credit-crunch”, siendo evidentes las mejores perspectivas a este respecto de la economía norteamericana.

Véase Barth, James R., Dopico, Luis G., Nolle, Daniel E., y Wilcox, James A., *An International Comparison and Assessment of the Structure of Bank Supervision*, Auburn University, Office of the Comptroller of the Currency and University of California, Berkeley - Economic Analysis & Policy Group, Working Paper Series, abril de 2002.

<sup>202</sup> Esto es, la coexistencia de entidades con “charter” federal y estatal. No obstante, como veremos inmediatamente, se trata más propiamente de un sistema “múltiple”, antes que dual, dada la concurrencia respecto de las mismas entidades de facultades del supervisor primario (estatal o federal) y de una multiplicidad de agencias federales (OCC, FDIC, Reserva Federal).

Existe acuerdo en que la aparición del sistema fue puramente accidental.<sup>203</sup> En los décadas iniciales de la Unión, la autorización de entidades de crédito era una competencia típicamente estatal, siendo las potestades de la Federación prácticamente marginales: así, en el periodo comprendido entre 1781 y 1863, el Congreso únicamente autorizó la constitución de tres bancos federales<sup>204</sup> que, como era común en la época, cumplieron la doble función de bancos comerciales y

---

<sup>203</sup> En este sentido, Klausner, Michael, *Regulation of Banks*, en *Fundamentals of American Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1998, página 566.

<sup>204</sup> *"En Estados Unidos, la creación de un Banco por la Federación costó una importantísima polémica política que concluyó con una de las más notables sentencias del Tribunal Supremo en la primera época, la Sentencia First National Bank. Terminó reconociendo dicha Sentencia que queda dentro de los poderes constitucionales de la federación la creación de un banco propio, rompiendo a partir de entonces con la idea de que la banca, pública y privada, debía estar bajo el control de los Estados y no de la Federación".* Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 1206.

La existencia de bancos con "charter" federal fue netamente contenciosa en la época, debiendo situarse en el contexto de la pugna existente entre federalistas y unionistas. Así, la primera de las entidades autorizadas, el "Bank of North America", vio revocada en 1785 la licencia concedida en 1781, debiendo operar en lo sucesivo bajo un "charter" estatal. Suerte análoga corrieron el "First Bank of the United States" y el "Second Bank of the United States" que no vieron renovadas sus licencias, conferidas inicialmente por un periodo de 20 años en 1791 y 1816, respectivamente.

No obstante estas vicisitudes, la competencia del Congreso para autorizar bancos bajo un "charter" federal fue confirmada por el Tribunal Supremo en *McCulloch v. Maryland* (1819).

centrales<sup>205</sup>. Sin embargo, en la última fecha las necesidades financieras derivadas de la guerra de secesión<sup>206</sup> motivaron la aprobación de la *National Bank Act* (NBA) que estableció con carácter general la existencia de “bancos nacionales” autorizados mediante “charter” (licencia) federal. A diferencia de la situación anterior, en la que el “charter” había sido conferido mediante un acto del Congreso, las competencias autorizatorias fueron atribuidas por la NBA a una agencia federal especializada, la *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC).

Aunque en los años subsiguientes el Congreso hizo denodados esfuerzos para forzar la conversión de los bancos estatales en bancos nacionales (imponiendo, por

---

<sup>205</sup> Este fue también el caso en España del Banco de San Carlos. No obstante, la caracterización de estas instituciones como “bancos centrales” no debe entenderse en un sentido moderno pues ciertamente no instrumentaban una política monetaria, entonces inexistente, ni ejercían como prestamistas de última instancia de las restantes entidades. La referencia a su carácter de “bancos centrales” debe entenderse, por el contrario, en el sentido limitado de que actuaban como agentes financieros de los Gobiernos.

<sup>206</sup> “(...) Hasta la Guerra Civil (1861-65), el sistema bancario de los Estados Unidos, una vez finalizadas las experiencias del *First* y *Second National Banks*, estaba compuesto sólo de bancos estatales, que emitían su propio papel moneda. El tesoro federal tenía una estructura financiera independiente desde 1846, momento a partir del cual se prohibió la utilización del papel moneda emitido por los bancos estatales, y se estableció la custodia por parte del gobierno federal de los fondos públicos. Este sistema se reveló totalmente insuficiente con la guerra civil, sobre todo por el incremento de las necesidades financieras del gobierno federal. La respuesta consistió en la propuesta de creación de un sistema de banca de origen federal, con bancos autorizados por tanto por un *charter* federal, para emitir una moneda nacional uniforme”. Pareja i Lozano, Carles, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, página 44.

ejemplo, un impuesto del 10 por 100 sobre la emisión de billetes)<sup>207</sup>, una serie de circunstancias (en particular, la aparición como medio de pago del cheque, que permitió a aquellos eludir el pago del impuesto) motivaron que el número de bancos estatales superara netamente al de nacionales<sup>208</sup>. Consecuentemente, la reordenación de la legislación bancaria operada en 1913 por la *Federal Reserve Act* partió del hecho, ya considerado inamovible, de la coexistencia entre bancos nacionales y estatales.

## (2) Tipología bancaria en los Estados Unidos

Con carácter previo, debe hacerse una importante precisión terminológica: la distinción entre bancos “nacionales” y bancos “estatales” no hace referencia a su implantación o ámbito geográfico sino, exclusivamente, a la agencia responsable de

---

<sup>207</sup> “For a time, after the demise of the Second Bank of the United States in 1836, the forces of state banking were in ascendance. Then, with the passage of the National Bank Act of 1863, nationally chartered banks arrived on the scene. At the time, with the tax on state bank notes, some thought state banks would fade away. Instead, they innovated -by emphasizing demand deposits- and prospered” (The Dual Banking System and the Current Condition of the Banking Industry, discurso del Gobernador Mark W. Olson en Annual Meeting and Conference of the Conference of State Bank Supervisors, 31 de mayo de 2002. Salt Lake City, Utah).

<sup>208</sup> Para 1914, Macey y Miller dan las cifras de 14.512 bancos estatales y 7.518 bancos nacionales. Macey, Johnathan, y Miller, Geoffrey, *Banking Law and Regulation*, Ed. Little Brown, Boston, 1992. Citado por Pareja i Lozano, Carles, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, página 45.



su autorización ("*chartering authority*").<sup>209</sup> Consiguientemente, bancos "nacionales" no son aquellos que operan en toda la "nación" (esto es, en una pluralidad de estados de la Unión) sino aquellos autorizados por una agencia federal (la OCC).

En este punto cabe señalar que una característica permanente del sistema norteamericano ha sido que ambos tipos de bancos han quedado sometidos a una legislación uniforme en lo relativo a la apertura de sucursales fuera del estado de su sede social. Esta uniformidad suponía que las restricciones legales a la expansión territorial eran plenamente aplicables aún cuando se obtuviera un "charter" federal, con la sorprendente consecuencia de que los bancos "nacionales" eran, por su implantación geográfica, bancos "estatales". Suprimidas a partir de 1994 las restricciones territoriales por la *Riegle-Neal Act*, nada impide en la actualidad a los bancos "estatales" (esto es, a los autorizados por una agencia estatal) operar "nacionalmente" (esto es, en varios estados de la Unión).

a) *Bancos nacionales (national banks)*

La licencia federal ("charter" o "certificate") es concedida por la OCC previa tramitación del correspondiente procedimiento autorizatorio<sup>210</sup>. La solicitud es considerada atendiendo a los siguientes criterios:

---

<sup>209</sup> Evidentemente, el origen federal del charter supone que quedan sometidos a las potestades de supervisión e inspección de la agencia autorizante (la OCC).

<sup>210</sup> "*If, upon a careful examination of the facts so reported, and of any other facts which may come to the knowledge of the comptroller, whether by means of a special commission appointed by him for the purpose of inquiring into the condition of such association, or otherwise, it appears that such association is lawfully entitled to commence the business of banking, the comptroller shall give to such association a certificate, under his hand and official seal, that such association has complied with all the provisions required to be*

- Los antecedentes y situación financiera de la institución (en el caso de que ésta operara previamente bajo un "charter" estatal y, en ejercicio del "principle of choice", decidiera solicitar una licencia federal).
- La adecuación de su estructura de capital.
- Las perspectivas de rentabilidad.
- El "carácter general y adecuación" de sus gestores (*"the general character and fitness of its management"*): es éste el tradicional "fit and proper test", de recia implantación en la tradición supervisora anglosajona y que supone el ejercicio por la "chartering authority" de un verdadero "juicio moral" de los directivos bancarios.
- Los riesgos que el banco pueda plantear al seguro federal de depósitos (gestionado como veremos por una agencia especializada, la FDIC), dado que la pertenencia de los bancos nacionales al mencionado seguro es obligatoria.
- La conveniencia y necesidades de la comunidad a la que el banco prestará sus servicios.
- La compatibilidad del programa de actuaciones previsto con las políticas derivadas de la legislación bancaria.

De la simple lectura de estos criterios resulta evidente el gran margen de apreciación de que dispone la OCC<sup>211</sup>, margen incrementado por la amplia interpretación que de la "discreción administrativa" han hecho los tribunales

---

*complied with before commencing the business of banking, and that such association is authorized to commence such business"* (12 USC 27).

<sup>211</sup> *"These considerations are obviously so open-ended that the Comptroller has a great deal of discretion in granting a charter, especially when the bank has no prior operating record under a state charter". Klausner, Michael, Regulation of Banks, en Fundamentals of American Law, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1998, página 569.*

federales, los cuales vienen exigiendo para revisar las decisiones del Comptroller que la decisión haya sido “*arbitraria, caprichosa o en abuso de la discrecionalidad*”.<sup>212</sup>

b) *Bancos estatales (state banks)*

Bancos estatales son, simplemente, aquellos autorizados por una agencia bancaria estatal. Sin embargo, de forma más intensa que en los bancos nacionales, el régimen jurídico de los bancos estatales se caracteriza por la confluencia de potestades supervisoras, e incluso autorizatorias, de una serie de agencias federales.

Así, aunque la pertenencia al seguro federal de garantía de depósitos (*Federal Deposit Insurance, FDI*) es, en principio, puramente voluntaria, la mayoría de los estados vienen exigiendo que, con carácter previo a la presentación de la solicitud de licencia ante la agencia estatal, los peticionarios obtengan la adhesión al FDI. En la consideración de las peticiones de incorporación al FDI la agencia gestora del

---

<sup>212</sup> En la práctica, aunque los tribunales han reconocido la aplicabilidad de la “judicial review” a las decisiones autorizatorias (“chartering decisions”) la vigencia del principio de “administrative deference” limita notablemente la posibilidad de revertir judicialmente una decisión desfavorable adoptada por la OCC.

*“The appropriate standard for judicial review of a decision by the Comptroller of the Currency denying a national bank charter is whether his adjudication was ‘arbitrary, capricious, an abuse of discretion or otherwise not in accordance with law’. The District Court is to review the administrative record already in existence, supplemented if necessary by affidavits or testimony amplifying the reason for the Comptroller’s decision, and is not authorized by the National Bank Act or the Administrative Procedure Act to conduct a de novo hearing in which the ‘substantial evidence’ test is to be applied” (Camp v. Pitts, 1973).*

mismo (*Federal Deposit Insurance Corporation*, FDIC) utiliza los mismos criterios empleados por el *Comptroller* para conceder el “charter” federal, lo que supone que, en la práctica, la FDIC y las agencias bancarias estatales comparten la “chartering authority” respecto de los bancos estatales.<sup>213</sup>

La influencia de las agencias federales (conocidas habitualmente como supervisores secundarios, en oposición al supervisor primario o agencia bancaria estatal) es tan significativa que determina la propia tipología de los bancos estatales:

- *State member banks*

Son bancos estatales (autorizados por una agencia bancaria estatal) afiliados a la Reserva Federal (FED).<sup>214</sup> Ello supone que, superpuesta a la supervisión ordinaria

---

<sup>213</sup> Significativamente, esta confluencia no se da en los bancos nacionales, en la medida en que la concesión del “charter” federal por parte de la OCC determina automáticamente la incorporación de la entidad autorizada al FDI y al sistema de la Reserva Federal. Consecuentemente, las potestades de supervisión son ejercidas en exclusiva por la OCC, aun cuando supongan la aplicación de normativa emanada de la FED o la FDIC.

<sup>214</sup> “Any bank incorporated by special law of any State, or organized under the general laws of any State, desiring to become a member of the Federal Reserve System, may make application to the Board of Governors of the Federal Reserve System, under such rules and regulations as it may prescribe, for the right to subscribe to the stock of the Federal Reserve bank organized within the district in which the applying bank is located. The Board of Governors of the Federal Reserve System, subject to the provisions of this chapter and to such conditions as it may prescribe pursuant thereto may permit the applying bank to become a stockholder of such Federal Reserve bank” (12 USC 321).

En caso de dificultades transitorias de liquidez la FED actúa como “prestamista de último recurso” (“lender of last resort”) respecto de las entidades afiliadas al sistema.

ejercida por el estado, la entidad queda asimismo sujeta a un intenso control por parte de la Reserva Federal, control que es tanto regulatorio (sometimiento a la normativa de la FED en materia de inversiones, política de dividendos o adecuación del capital) como operativo (necesidad de obtener la oportuna autorización para la apertura de oficinas o la realización de fusiones o adquisiciones). Consecuentemente, la Reserva Federal goza de la autoridad para practicar inspecciones<sup>215</sup>, dictar "cease and desist orders"<sup>216</sup>, y, en los casos más graves, acordar la exclusión de la entidad del sistema.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> *"In addition to the examinations made and conducted by the Comptroller of the Currency, every Federal Reserve Bank may, with the approval of the Federal Reserve agent or the Board of Governors of the Federal Reserve System, provide for special examination of member banks within its district (...). Such examinations shall be so conducted as to inform the Federal Reserve bank of the condition of its member banks and of the lines of credit which are being extended by them. Every Federal Reserve bank shall at all times furnish to the Board of Governors of the Federal Reserve System such information as may be demanded concerning the condition of any member bank within the district of the said Federal Reserve bank"* (12 USC 483).

<sup>216</sup> *"If informal action is unsuccessful, or if circumstances require more severe measures, the regulator has the authority to order a bank to take or refrain from taking any action, or to alter its business in any way necessary to bring the bank into compliance with the law and to alleviate any unsound condition. If contested, these orders, referred to as 'cease and desist' orders, require formal notice and hearing procedures within the regulatory agency".* Klausner, Michael, *Regulation of Banks*, en *Fundamentals of American Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1998, página 569.

<sup>217</sup> No obstante, debe enfatizarse que las potestades de la Reserva Federal son mucho más amplias por la vía indirecta de su competencia exclusiva sobre las *Bank Holding Companies* (BHC). Las BHC, creadas en buena medida para eludir las restricciones a la

*- State non member insured banks*

Se trata de bancos estatales que no son miembros de la Reserva Federal pero que se encuentran adheridos al sistema federal de seguro de depósitos. Consiguientemente, a la competencia supervisora primaria estatal se une el control ejercido por un regulador secundario, la agencia federal FDIC. Aunque las competencias de esta agencia son claramente finalistas (evitar situaciones de insolvencia que repercutan negativamente en el seguro federal), la interpretación que se hace de las mismas es amplia, por lo que la FDIC goza<sup>218</sup> respecto de los bancos afiliados al FDI de facultades análogas a las ejercidas por la FED respecto de las entidades incorporadas al sistema de la Reserva Federal, incluida la posibilidad de dictar "cease and desist orders".<sup>219</sup>

---

expansión territorial de los bancos controlan, según datos del propio Tesoro norteamericano, el 90% de los depósitos del sistema crediticio.

<sup>218</sup> Las competencias de la FDIC han sido ampliadas por la *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act* (FDICIA) de 1991. Esta Ley respondió, en buena medida, a los quebrantos ocasionados al FDI por las crisis bancarias de los 80. En este contexto, se extendió la opinión de que los reguladores estatales habían procedido a una desregulación excesiva contando con la "red de seguridad" que proporcionaba el seguro federal de depósitos. Se trataría de un supuesto de "riesgo moral" que agravó la "competition in laxity" característica del DBS (v. infra).

<sup>219</sup> "If, in the opinion of the appropriate Federal banking agency, any insured depository institution, depository institution which has insured deposits, or any institution-affiliated party is engaging or has engaged, or the agency has reasonable cause to believe that the depository institution or any institution-affiliated party is about to engage, in an unsafe or unsound practice in conducting the business of such depository institution, or is violating or has violated, or the agency has reasonable cause to believe that the depository institution or any institution-affiliated party is about to violate, a law, rule, or regulation, or any condition

- *State non insured banks*

Finalmente, la categoría de los denominados "*state non insured banks*", esto es, aquellos bancos estatales no adheridos al sistema federal de seguro de depósitos (FDI) es, en la actualidad, claramente residual en la medida en que, como señalábamos anteriormente, las agencias supervisoras estatales vienen exigiendo para la concesión del "charter" la previa incorporación de la entidad peticionaria al FDI (precaución lógica pues, con toda probabilidad, resultaría inviable comercialmente un banco cuyos depósitos no gozaran de la garantía, siquiera limitada, de la FDIC).

(3) Principios inspiradores del sistema norteamericano

Aunque existe acuerdo en que la génesis del "*dual banking system*" (DBS) fue puramente accidental, en la actualidad el sistema responde a principios precisos:

a) Prevalencia del derecho federal

Como resulta sabido, el artículo VI de la Constitución norteamericana consagra el principio de prevalencia (pre-emption) del derecho de la Federación (federal domination): "*This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof shall be the Supreme Law of the Land; and the Judges*

---

*imposed in writing by a Federal banking agency in connection with any action on any application, notice, or other request by the depository institution or institution affiliated party or any written agreement entered into with the agency, the appropriate Federal banking agency for the depository institution may issue and serve upon the depository institution or such party a notice of charges in respect thereof"* (artículo 8(b)(1) de la Federal Deposit Insurance Act).

*in every State shall be bound thereby, any thing in the Constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding".*<sup>220</sup>

En lo que respecta a la legislación bancaria, por aplicación de la "federal commerce clause"<sup>221</sup> este principio de "dominación federal" es absoluto<sup>222</sup>, lo que supone la

---

<sup>220</sup> "Article VI of the Constitution provides that the laws of the United States shall be the supreme Law of the Land; . . . any thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding. Thus, since our decision in *McCulloch v. Maryland* (1819), it has been settled that state law that conflicts with federal law is "without effect". Consideration of issues arising under the Supremacy Clause "start[s] with the assumption that the historic police powers of the States [are] not to be superseded by . . . Federal Act unless that [is] the clear and manifest purpose of Congress." Accordingly, "[t]he purpose of Congress is the ultimate touchstone" of preemption analysis" (U.S. Supreme Court, *Cipollone v. Liggett Group, Incorporated*, 505 U.S. 504 (1992).

"As we recently observed in *Pacific Gas & Electric Corporation v. State Energy Resources Conservation & Development Common* (1983), state law can be pre-empted in either of two general ways. If Congress evidences an intent to occupy a given field, any state law falling within that field is pre-empted. If Congress has not entirely displaced state regulation over the matter in question, state law is still pre-empted to the extent it actually conflicts with federal law, that is, when it is impossible to comply with both state and federal law, or where the state law stands as an obstacle to the accomplishment of the full purposes and objectives of Congress" (U.S. Supreme Court, *Silkwood v. Kerr-McGee Corporation*, 464 U.S. 238 (1984)

<sup>221</sup> "The Commerce Clause of the Constitution grants Congress the power "[t]o regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes." Art. I, 8, cl.3. "Although the Clause thus speaks in terms of powers bestowed upon Congress, the Court long has recognized that it also limits the power of the States to erect



posibilidad, cuando menos teórica, de desaparición del DBS por su completa "federalización".<sup>223</sup> O en otros términos, la continuada concurrencia de potestades federales y estatales no responde a limitaciones constitucionales en las competencias legislativas del Congreso, sino a la intención, constantemente

---

*barriers against interstate trade*" (U.S. Supreme Court, *Maine v. Taylor*, 477 U.S. 131 (1986)).

*"The material success that has come to inhabitants of the states which make up this federal free trade unit has been the most impressive in the history of commerce, but the established interdependence of the states only emphasizes the necessity of protecting interstate movement of goods against local burdens and repressions. (...) Our system, fostered by the Commerce Clause, is that every farmer and every craftsman shall be encouraged to produce by the certainty that he will have free access to every market in the Nation, that no home embargoes will withhold his export, and no foreign state will by customs duties or regulations exclude them. Likewise, every consumer may look to the free competition from every producing area in the Nation to protect him from exploitation by any. Such was the vision of the Founders; such has been the doctrine of this Court which has given it reality"* (U.S. Supreme Court, *H.P. Hood & Sons v. Du Mond*, 336 U.S. 525 (1949)).

<sup>222</sup> A partir de *NRLB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937), el Tribunal Supremo ha concebido la cláusula de comercio en sentido amplísimo. Como resulta sabido, esta sentencia puso fin a la política obstruccionista que el Tribunal había venido manteniendo contra las decisiones legislativas del New Deal (cambio de criterio al que no fue ajena la amenaza de Roosevelt de ampliar el número de magistrados).

<sup>223</sup> Ciertamente, la legislación más reciente (como la *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act* o la *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act*) han supuesto una más intensa "federalización" del sistema, aunque sin suprimir totalmente las competencias estatales.

mantenida por el legislador federal, de respetar cierto margen de actuación de las agencias bancarias estatales<sup>224</sup>.

Ello no obstante, como ha señalado Borrajo, "la cláusula de comercio prosigue su metamorfosis"<sup>225</sup>, por lo que no puede excluirse que el Tribunal Supremo, conforme a los postulados del denominado "Nuevo Federalismo" pueda hacer en el futuro una interpretación más restrictiva de los poderes del Congreso respecto de los bancos autorizados en virtud de un "charter" estatal (en particular, mediante una aplicación

---

<sup>224</sup> En este punto, es importante destacar que el Tribunal Supremo norteamericano, en aplicación de la cláusula de comercio, ha llegado a dar valor a la voluntad implícita del legislador federal: "En la doctrina del silencio del Congreso, como se la denomina, el Tribunal (Supremo) resuelve aplicar o inaplicar una norma estatal, dependiendo de si la norma en cuestión es compatible con la ausencia de legislación federal en la materia, ausencia que denota una voluntad implícita del Congreso. Algunas materias son confiadas por la Constitución al gobierno federal, destacadamente el comercio interestatal; en esos campos es posible que el Congreso no haya aprobado ley alguna. Tal silencio puede indicar una aceptación tácita de que se mantenga la regulación de la materia en manos estatales; o puede significar un propósito implícito de que la materia quede sin regular, abierta a la libre autonomía privada sometida a las leyes generales. Dependiendo de esta alternativa, una normativa estatal en la materia concordará o conflagrará con la voluntad del Congreso, implícita en su silencio, y por consiguiente deberá ser guardada o ignorada por los tribunales." Borrajo Inieta, Ignacio, *El Estado de las Autonomías a la luz de la experiencia federal de Estados Unidos*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, número 1, septiembre-diciembre de 1988, página 41.

<sup>225</sup> Borrajo Inieta, Ignacio, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la Constitución de Estados Unidos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, páginas 157 y siguientes.

más exigente del “racional basis test”<sup>226</sup> o juicio de razonabilidad de la intervención federal). A este respecto, desconocemos la línea jurisprudencial que puede establecerse sobre el alcance de dicho “test” en relación con la nueva legislación a que pueda dar lugar el denominado “Libro Blanco” del Departamento del Tesoro<sup>227</sup>, muchas de cuyas propuestas son aplicables a todas las entidades financieras con independencia del carácter federal o estatal de su supervisor primario (véase infra).

b) “Principle of choice”

El DBS consagra expresamente la libertad de las entidades de crédito de solicitar un “charter” federal o estatal y quedar sometidas, consiguientemente, a la autoridad supervisora de la OCC o de la correspondiente agencia estatal.

Este principio juega no sólo en el momento de creación de la entidad sino incluso durante su vida operativa, de tal forma que un banco estatal puede solicitar a la OCC su conversión en banco “nacional”, o viceversa<sup>228</sup>. Esta conversión opera por la sola autoridad de la nueva “chartering agency”, sin necesidad de intervención o consentimiento de la agencia supervisora original.

c) Competencia regulatoria

---

<sup>226</sup> Véase *Katsenbach v. Mc Clung* (1964) que exige al Congreso *un fundamento razonable que justifique el marco regulador elegido para la protección del comercio*.

<sup>227</sup> *Financial Regulatory Reform. A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009.

<sup>228</sup> “A national banking association may, by vote of the holders of at least two-thirds of each class of its capital stock, convert into, or merge or consolidate with, a State bank in the same State in which the national banking association is located” (12 USC 214a).

Este principio es, en buena medida, consecuencia del anterior. Consagrada la libertad de las entidades de optar por la supervisión federal o estatal, se genera una competencia entre agencias orientada a preservar su “mercado regulador”.

Este aspecto del sistema es uno de los más debatidos. Para algunos, esta competencia es sana, derivando en una continua mejora de los marcos regulatorios estatal y federal, e impidiendo la imposición de requisitos excesivos o arbitrarios, que motivarían la huida de las entidades hacia el regulador rival. Por el contrario, para otros, se genera una “competition in laxity”, particularmente nociva en la medida en que la legislación bancaria protege (o debe proteger) relevantes intereses de terceros.

No obstante, debe matizarse que la competencia es en todo caso limitada, por cuanto tan sólo afecta al regulador primario (OCC o agencia estatal), no a los reguladores secundarios (FED, FDIC). En particular las normas de la FDIC, que atienden fundamentalmente a salvaguardar la solvencia y liquidez de las entidades en interés de los contribuyentes, no pueden ser eludidas salvo que el banco abandone el sistema federal de garantía de depósitos (supuesto rarísimo en la actualidad que, aún cuando fuera permitido por la legislación estatal, tendría graves consecuencias en la confianza de los depositantes y, por tanto, en la viabilidad comercial de la entidad).

### 3.1.2. El sistema comunitario de coordinación bancaria

#### (1) Antecedentes

La armonización del derecho bancario en el ámbito comunitario ha sido una tarea laboriosa en la que tan sólo en las últimas dos décadas se han obtenido resultados tangibles. Las dificultades para avanzar en la consecución de un mercado único del crédito (de las que fue buena muestra el sonoro fracaso del Proyecto de 1972)

pueden explicarse en gran medida por los obstáculos encontrados en la implantación del principio de libertad de movimientos de capitales que, como resulta conocido, no se realizó plenamente hasta el 1 de julio de 1990.<sup>229</sup>

La explicación de estos retrasos es obvia: difícilmente podía avanzarse en la armonización de una industria o sector de negocio (en este caso, el bancario) si su "materia prima" (los capitales) estaba aún sujeta a relevantes restricciones por parte de los Estados miembros. Ello explica el limitado alcance de las disposiciones contenidas en la Directiva 73/183/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1973, que no fue capaz de rectificar el carácter esencialmente "nacional" de los mercados bancarios europeos.<sup>230</sup> Como resultado de ello, en el ámbito comunitario llegó a generarse un amplio consenso en el sentido de que la plena consecución del principio de libertad de movimientos de capitales (de todas las libertades consagradas en el Tratado de Roma sin duda alguna la más retrasada<sup>231</sup>) se

---

<sup>229</sup> Para Grecia, España, Portugal e Irlanda aún hubo de esperarse al 1 de enero de 1993 (Directiva de 24 de junio de 1988).

<sup>230</sup> Esta afirmación es sustancialmente exacta a pesar de los innegables avances asociados a normas posteriores, en particular la Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, o Primera Directiva de Coordinación Bancaria.

<sup>231</sup> *'La reprise du processus de libération des mouvements de capitaux est finalement relativement récente. Elle se situe en fait principalement à partir de 1983-1984. Il est évident que, dans le contexte d'un marché intérieur unique qui restait toujours l'objectif du Traité, il était nécessaire d'œuvrer à l'élargissement de la diversification des choix financiers des agents économiques'*. Clarotti, Paolo, *La libération des mouvements de capitaux et des services financiers dans le cadre d'un marché financier unique*, en *Estudios de derecho bancario y bursatil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid 1994.

configuraba como una “precondición” para abordar seriamente la armonización de las legislaciones nacionales relativas al ejercicio de la actividad bancaria.<sup>232</sup>

Una vez hecha efectiva la libertad de movimientos de capitales, la armonización se vio favorecida adicionalmente por un importante “cambio metodológico”. Efectivamente, frente al enfoque de una normativa integral adoptado por el Proyecto de 1972, los textos impulsados por la *Comisión Delors* vinieron a fundarse en el principio de “*armonización esencial*”. Este cambio metodológico, que fue general en las iniciativas normativas de la Comisión<sup>233</sup>, resultó particularmente útil en materia bancaria, dada la coexistencia en Europa de dos “tradiciones” claramente diferentes: por un lado, el modelo continental de banca universal<sup>234</sup> y,

---

<sup>232</sup> Como muestra de este consenso podemos señalar la afirmación de George ZAVVOS, de la Comisión Europea, en el sentido de que “*en la práctica, la libertad de prestación de servicios bancarios existe solamente en aquellos Estados miembros que han liberalizado por completo los movimientos de capital*”. Zavvos, George, *La política bancaria de la CEE para 1992*, en *Información Comercial Española*, febrero de 1990, página 21.

En este sentido, el considerando decimoctavo de la Directiva 2000/12/CE reconocía que “*existe una vinculación necesaria entre el objetivo perseguido por la presente Directiva y la liberalización de los movimientos de capitales que se lleva a cabo mediante otros actos legislativos comunitarios. De cualquier modo, las medidas de liberalización de los servicios bancarios deben estar en armonía con las medidas de liberalización de los movimientos de capitales*”.

<sup>233</sup> Véase a este respecto el *Libro Banco del Mercado Interior* (1985).

<sup>234</sup> “*In Germany, banks have traditionally been free to operate as universal banks i.e. to undertake a full range of securities activities. Thus, most (at least bigger) banks typically combine commercial banking and investment banking activities. Consequently, one could think of German (and most continental European) banks as financial conglomerates when using the notion for groups that provide significant services in at least two financial sectors.*”

por el otro, el sistema británico o anglosajón de separación estricta entre las actividades de la banca comercial y de la banca de negocios.

Sentados los pilares (supresión de las barreras a los movimientos de capitales y adopción de un esquema de armonización de “mínimos”), los trabajos avanzaron rápidamente, culminando en la Directiva 89/646/CEE de 15 de diciembre de 1989, o Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.<sup>235</sup>

## (2) Los principios de la coordinación bancaria europea

La normativa comunitaria en materia de acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio se encuentra en la actualidad básicamente refundida en la

---

*In the context of integrated financial supervision it is therefore reasonable to consider groups as financial conglomerates that combine universal banking and insurance activities”. Schüller, Martin, Integrated Financial Supervision in Germany, Discussion Paper No. 04-35, Centre for European Economic Research (ZEW), Mannheim, mayo de 2004, página 6.*

<sup>235</sup> “...el mérito más importante que le debemos reconocer a la Segunda Directiva de coordinación bancaria es el de haber sustituido un procedimiento regulador del establecimiento de las entidades de crédito en el seno de la Ce, que se caracterizaba por la necesidad de concesión de una autorización en el país de acogida para la instalación de una sucursal – en el que la regulación y control de dicha sucursal era también competencia de dicho Estado –, por un procedimiento de ‘autorización única’, mediante el cual una entidad de crédito autorizada en un país miembro podía prestar libremente servicios en otro Estado de la Comunidad, estando en manos del país de origen – y no de acogida – el ejercicio de la potestad de control de la actividad de dicha entidad”. Alamitos Mingorance, Carolina, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Cajas de Ahorro en España*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2002, página 338.

Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, a la que deben entenderse hechas las siguientes referencias.<sup>236</sup>

La Directiva parte de un concepto amplio de entidad de crédito, definida como una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.<sup>237</sup>

De conformidad con el principio consagrado en el “Libro Blanco” la Directiva se orienta a *“llevar a cabo únicamente la armonización que sea esencial, necesaria y suficiente para llegar a un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión prudencial, que permita la concesión de una autorización única, válida en toda la Comunidad, y la aplicación del principio de supervisión por el Estado miembro de origen”* (Considerando séptimo)<sup>238</sup>. En esta frase se

---

<sup>236</sup> “The European legislation on financial markets is based on concept of ‘competition among rules’, i.e. the idea that, given the existing differences among EU countries, each member should recognize the validity of laws, regulation and standards of the other ones. In this respect the principle of mutual recognition was included in the Second Banking Coordination Directive (2BCD) that provided a list of activities that are included in the ‘single passport’, i.e. can be performed in every member State by a credit institution that is allowed to perform such activities in its country of origin. These ‘passport activities’ were then also permitted for the provision of investment services by the Investment Services Directive (ISD), widening the provision to financial institutions other than banks”. Cervellati, Enrico Maria, *Financial Regulation and Supervision in EU Countries*, Universidad de Bolonia, Working Paper Series, mayo de 2003, página 2.

<sup>237</sup> También tienen la consideración de entidades de crédito las entidades de dinero electrónico con arreglo a la Directiva 2000/46/CE.

<sup>238</sup> Reproduce el considerando séptimo de la Directiva 2000/12/CE y el considerando cuarto de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.



encuentran condensados los dos propósitos fundamentales de la Directiva que, no por limitados, han de dejado de ser de la máxima trascendencia en la configuración del mercado bancario europeo:

a) Reconocimiento de una autorización única, válida en toda la Comunidad.

Conforme al artículo 23, los Estados miembros preverán que las actividades que se benefician del reconocimiento mutuo puedan ser ejercidas en su territorio, tanto mediante el establecimiento de una sucursal como mediante prestación de servicios por cualquier entidad de crédito autorizada y supervisada por las autoridades competentes de otro Estado miembro, siempre que la autorización ampare dichas actividades. Consecuentemente, en aplicación del Tratado, se prohíbe todo trato discriminatorio en materia de establecimiento y prestación de servicios, basado respectivamente en la nacionalidad o en el hecho de que la empresa no esté establecida en el Estado miembro donde se realice la prestación.

El listado de actividades que se benefician del reconocimiento mutuo (contenida en el Anexo I) es sumamente amplio, e incluye: la recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables, la concesión de préstamos (incluido el crédito al consumo, el crédito hipotecario, el factoring con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales, incluido el forfaiting), el arrendamiento financiero o leasing, las operaciones de pago, la emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, cheques de viaje y cartas de crédito), la concesión de garantías y suscripción de compromisos, las transacciones por cuenta propia de la entidad o por cuenta de su clientela que tengan por objeto instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos o certificados de depósito), mercados de cambios, instrumentos financieros a plazo y opciones, instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés, valores negociables, la participación en las emisiones de títulos y la prestación de los servicios correspondientes, el asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia industrial y de cuestiones afines, así como asesoramiento

y servicios en el ámbito de la fusión y de la compra de empresas, la intermediación en los mercados interbancarios, la gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios, la custodia de valores negociables, la emisión de informes comerciales y el alquiler de cajas fuertes.

De la simple lectura de esta enumeración resulta evidente que la Directiva acoge el sistema de banca continental o universal, frente al sistema anglosajón de "narrow banking"<sup>239</sup>, caracterizado por la estricta limitación de las actividades bancarias

---

<sup>239</sup> *"There are five main theoretical reasons for restricting the degree to which banks can engage in securities, insurance, and real estate activities, or own nonfinancial firms. Indeed, it is these types of regulations that help define what observers mean by the term 'bank'. First, conflicts of interest may arise when banks engage in such diverse activities as securities underwriting, insurance underwriting, and real estate investment. Banks, for example, may attempt to 'dump' securities on or shift risk to ill-informed investors so as to assist firms with outstanding loans (...). Second, to the extent that moral hazard encourages riskier behavior by banks, they will have more opportunities to increase risk if allowed to engage in a broader range of activities (...). Third, broad financial activities and the mixing of banking and commerce may lead to the formation of extremely large and complex entities that are extraordinarily difficult to monitor. Indeed, the former head of the International Monetary Fund, Michel Camdessus (1997), remarked that we are witnessing '... the development of new types of financial instruments, and the organization of banks into financial conglomerates, whose scope is often hard to grasp and whose operations may be impossible for outside observers - even bank supervisors - to monitor'. Fourth, large institutions may become so politically and economically powerful that they become 'too big to discipline'. Finally, large financial conglomerates may reduce competition and hence efficiency in the financial sector". Barth, James R., Caprio, Gerard, y Levine, Ross, Bank Regulation and Supervision: What Works Best? Auburn University, Williams College and Brown University - Department of Economics, World Bank Policy Research Working Paper No. 2725, mayo de 2001, página 5. Los autores son, sin embargo, contrarios a la restricción de las actividades permitidas a los bancos: "(...) restricting bank activities is negatively associated with bank performance and stability, as compared to when banks can diversify*

(*banking powers*). Así, frente a la *Glass Steagal Act* norteamericana de 1933 que prohibía expresamente la intervención de la banca comercial en los mercados de valores, la Directiva incluye entre las actividades que se benefician del reconocimiento mutuo la participación en la emisión de títulos o las transacciones por cuenta propia o de la clientela en valores negociables.

Por otra parte, la Directiva pone especial cuidado en evitar el denominado “arbitraje regulatorio”, exigiendo que las autoridades competentes de cada uno de los Estados miembros no concedan autorización o la retiren cuando factores tales como el programa de actividades, la distribución geográfica o las actividades realmente realizadas demuestren de forma inequívoca que la entidad de crédito ha optado por el sistema jurídico de un Estado miembro con el propósito de eludir las normas más estrictas vigentes en el Estado miembro en el que proyecta realizar o realiza la mayor parte de sus actividades. De esta forma, se trata de prevenir la conocida “competencia regulatoria” característica del sistema norteamericano.

#### b) Supervisión prudencial por el Estado miembro de origen

Con carácter general, la supervisión prudencial de una entidad de crédito corresponderá a las autoridades competentes del Estado miembro de origen. Esta competencia supone que las autoridades competentes del Estado miembro de origen, tras haber informado previamente a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, puedan proceder, por sí mismas o por mediación de personas

---

*into other financial activities. While theory provides conflicting predictions about the implications of restricting the range of bank activities, the results are consistent with the view that broad banking powers allow banks to diversify income sources and enhance stability” (página 40).*

a quienes hayan otorgado un mandato para ello, a la verificación in situ de las sucursales situadas fuera de su territorio nacional.<sup>240</sup>

No obstante, el Estado miembro de acogida seguirá encargándose, en colaboración con la autoridad competente del Estado miembro de origen, de la supervisión de la liquidez de la sucursal de la entidad de crédito. Asimismo, el Estado de acogida conservará la total responsabilidad de las medidas resultantes de la aplicación de su política monetaria (en la actualidad, competencia del Banco Central Europeo para los Estados integrados en la tercera fase de la UEM). Estas medidas no podrán establecer un trato discriminatorio o restrictivo por el hecho de que la entidad de crédito haya sido autorizada en otro Estado.

Esta concurrencia de competencias trata de compatibilizarse mediante la cooperación entre autoridades supervisoras de tal manera que se prevé que con

---

<sup>240</sup> *"Mutual recognition could be analysed as a technique whereby, on the basis of the applicable law – and not of an agreements between the supervisors – the supervisory competence has been "transferred" or ascribed to another (the home), eliminating more or less fully the supervisory competence of the first supervisor (host). The consequence is that by virtue of the applicable law, the supervisor will exclusively – or almost exclusively -be exercised by the home. Differences (with delegation) relate to the legal basis (by virtue of law v. agreement), the remit (full competence) and the duration (indefinite and irrevocable competence). The remaining powers of the home will usually be very limited (e.g. only marketing of investment funds) or nil. Other policy objectives may however correct this distribution of competences and introduce a different balance (e.g. on the basis of the host's major interest). But looking at it from a distance there is no fundamental difference, at least no contradiction between the mutual recognition technique and the delegation formula. One could also present it as an increasing scale between outsourcing, delegation and mutual recognition, the latter culminating in the "lead supervisor". Wymeersch, Eddy, Delegation as an instrument for financial supervision, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, diciembre de 2006, página 10.*

objeto de supervisar la actividad de las entidades de crédito que operen, principalmente por haber creado sucursales, en uno o más Estados miembros distintos al de su domicilio social, las autoridades competentes de los Estados miembros implicados colaboren estrechamente. Se comunicarán toda la información relativa a la dirección, gestión y propiedad de estas entidades de crédito que pueda facilitar su supervisión y el examen de las condiciones de su autorización, así como cualquier otra información susceptible de facilitar el control de dichas entidades, en particular en materia de liquidez, de solvencia, de garantía de depósitos, de limitación de grandes riesgos, de organización administrativa y contable y de control interno.

El principio de supervisión prudencial por el Estado de origen ha sido, sin embargo, puesto en cuestión por la actual crisis financiera. En el último apartado de este trabajo haremos algunas reflexiones sobre los riesgos que el sistema actual plantea para el Estado de acogida (riesgos que han sido bien reales en el caso reciente de la banca islandesa) y anticiparemos posibles líneas de reforma.

### *3.1.3. Análisis comparado de la regulación bancaria norteamericana y comunitaria*

Vistos sumariamente ambos sistemas, interesa ahora analizar la diferencias existentes, particularmente significativas en la medida en que, como se señaló anteriormente, los puntos de partida presentaban notables similitudes: tanto el Gobierno federal norteamericano como la Comunidad Europea afrontaban unos mercados bancarios atomizados, con un número elevado de entidades de crédito centradas en el negocio “doméstico”, sometidas a una variedad de normativas en buena medida divergentes y supervisadas por autoridades locales (estatales en los Estados Unidos, nacionales en el caso europeo).

Pues bien, partiendo de una situación en cierta medida análoga, las soluciones adoptadas han sido ciertamente divergentes:

(1) Dualidad autorizatoria frente a autorización única

Como hemos visto, el sistema norteamericano es calificado como “dual” en la medida en que conviven entidades que gozan de un “charter” federal, conferido por la OCC, con otras autorizadas por las agencias supervisoras estatales. Por el contrario, la coordinación bancaria europea se fundamenta precisamente en el principio opuesto: concesión por el supervisor de origen de una única autorización que habilita para el ejercicio en todo el territorio de la Unión de la actividad bancaria (entendida como el conjunto de actividades que se benefician del reconocimiento mutuo).

El fundamento de esta diferencia se encuentra en la distinta finalidad perseguida por ambas legislaciones. El proceso de “federalización” norteamericano se orientó a la creación de una banca nacional que sirviera de soporte al papel-moneda emitido por el Tesoro federal. Consiguientemente, esta “federalización” fue perfectamente compatible con la persistencia de las estrictas prohibiciones en materia de expansión territorial de las entidades de crédito, con la paradójica consecuencia de que los denominados bancos “nacionales” eran, por su implantación geográfica, bancos estatales<sup>241</sup>. Por el contrario, el proceso europeo de “coordinación” o “armonización” se orienta precisamente hacia el fomento de entidades “europeas”, esto es, de bancos que operen de forma prácticamente uniforme en todos los Estados de la Unión Europea. Este objetivo no se persigue mediante la creación de una hipotética “licencia europea”, conferida por órganos comunitarios, sino mediante el mecanismo técnico del reconocimiento mutuo de las “licencias nacionales” conferidas por cada uno de los Estados miembros.

---

<sup>241</sup> Estas limitaciones, suprimidas en buena medida por la *Riegle-Neal Act*, eran eludidas con anterioridad mediante el mecanismo indirecto de las BHC.

**(2) "Federal domination" frente a coordinación entre supervisores nacionales**

El carácter dual del sistema norteamericano no oculta la posición absolutamente preeminente de los órganos federales en materia bancaria. Esta hegemonía federal, indiscutida en el ámbito normativo por el juego de la "supremacy clause", juega asimismo en el ámbito operativo dada (1) la existencia de una categoría de bancos (national banks) absolutamente exentos de interferencias de los reguladores estatales y sometidos a la exclusiva fiscalización de una agencia federal (la OCC) y (2) los importantes poderes de supervisión que en relación con los bancos estatales ostentan las agencias federales FED y FDIC como "supervisores secundarios".

En el ámbito europeo, aunque es indiscutida la prevalencia de las Directivas respecto de los derechos nacionales, la inexistencia de un supervisor comunitario hace imprescindible la existencia de mecanismos de coordinación entre los distintos supervisores "nacionales", entre los que no hay, ni puede haber, subordinación jerárquica. Esta coordinación se articula en virtud de (1º) los principios de supervisión prudencial por el Estado de origen y supervisión de liquidez por el Estado de acogida, (2º) el principio de cooperación en materia de supervisión y (3º) el intercambio de información entre autoridades supervisoras.

**(3) "Principle of choice" y competencia regulatoria**

Como se ha señalado, una de las características más notables del sistema norteamericano radica en la absoluta libertad de las entidades de solicitar un "charter" federal o estatal, con la consiguiente existencia de una cierta competencia por el "mercado regulador" entre la OCC y las agencias bancarias estatales. Por el contrario, la Directiva dispone expresamente la prohibición del "arbitraje regulatorio", esto es, el sometimiento a la normativa de un Estado con el propósito de eludir las disposiciones más rigurosas del Estado de origen de la institución. El fundamento de esta disposición se encuentra indudablemente en la desconfianza

europea hacia las bondades de la competencia en el ámbito supervisor, la cual podría traducirse en una “competition in laxity” en perjuicio de los legítimos intereses de terceros.

### **3.2. La competencia autorizatoria en España**

#### *3.2.1. Competencia autorizatoria y distribución constitucional de competencias*

El artículo 149.1.11ª CE atribuye al Estado<sup>242</sup> la competencia exclusiva sobre las “bases de la ordenación del crédito, banca y seguros”, lo que supone la correlativa habilitación para que las Comunidades Autónomas asuman por vía estatutaria la “legislación de desarrollo” y la “ejecución”, como efectivamente hizo, desde el principio, el Estatuto vasco (artículo 11.1.a).

Como ha venido señalando reiteradamente el TC, *“lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada (en nuestro caso, las de los números 11 y 13) es que tales bases tengan una regulación*

---

<sup>242</sup> A estos efectos, también es relevante el título más general conferido por el artículo 149.1.13ª CE: *“habida cuenta de la relevancia que presenta el sistema financiero para el funcionamiento de la economía en su conjunto, la presencia de una regla competencial específica, como es, en lo que ahora exclusivamente interesa, la relativa a la ordenación del crédito y la banca, no puede significar el completo desplazamiento de la regla competencial atinente a la planificación general de la actividad económica”* si bien *“dicha competencia estatal no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de lo contrario se produciría el vaciamiento de títulos competenciales autonómicos más específicos”*. (STC 235/1999, de 16 de diciembre).



*normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia” (STC 1/1982, de 28 de enero).*

*Aunque “la dilucidación de qué aspectos de una regulación deben considerarse básicos y cuáles propios de una legislación de desarrollo es, sin duda, una operación compleja”, esta “función” corresponde “a las Cortes Generales, y, en determinados supuestos, a la potestad reglamentaria” (STC 86/1989, de 11 de mayo), admitiéndose, incluso, que una competencia ejecutiva puede ser calificada de básica por su trascendencia en todo el territorio nacional y su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo (STC 32/1983, de 28 de abril).*

*Este es, precisamente el caso de la autorización de entidades de crédito que “a pesar de su carácter ejecutivo no puede considerarse ajena al ámbito competencial de las bases de la materia de ordenación del crédito” (STC 155/1993, de 6 de mayo)<sup>243</sup> por cuanto “también pueden quedar comprendidos en su ámbito los actos ejecutivos, actos administrativos singulares en cuanto resulten necesarios para la preservación de lo básico o para garantizar, con carácter complementario, la consecución de los fines inherentes a la regulación básica” (STC 135/1992, de 5 de octubre).<sup>244</sup> Por ello, “la autorización estatal para la creación de nuevas entidades*

---

<sup>243</sup> En idéntico sentido, STC 96/1996, de 30 de mayo.

<sup>244</sup> “El carácter ejecutivo de las facultades que (...) se atribuyen a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y, sobre todo, al Banco de España no determina extralimitación competencial alguna del Estado, ni por ello, vulneración de las competencias que en la materia corresponden al Gobierno Vasco. Esas facultades están directamente vinculadas a

*financieras o de crédito, que no excluye otras intervenciones administrativas y, entre ellas, la autonómica, no puede considerarse ajena al ámbito competencial estatal sobre las bases de la ordenación del crédito” (STC 235/1999, de 16 de diciembre).*

En conclusión, *“la constitución de nuevas entidades crediticias, por su incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional, necesariamente queda reservada a las autoridades estatales en la materia” (STC 155/1993, de 6 de mayo).*

### 3.2.2. La autorización para el ejercicio de la actividad bancaria<sup>245</sup>

#### (1) Concepto

El legítimo ejercicio de la actividad bancaria está condicionado a la previa obtención de una “autorización” (así, la denomina, expresamente, el artículo 28.1 LDIEC), esto

---

*la ordenación básica del crédito (...) sin que el hecho de que se trate de funciones estrictamente ejecutivas desapodere al Estado de la competencia para su adopción. La doctrina de las SSTC 135/1992 y 178/1992, sobre la inclusión en la competencia estatal sobre las bases de la ordenación del crédito de aspectos puramente ejecutivos, así como sobre la singular posición del Banco de España, como asesor del Gobierno de la Nación y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia, dada su especialización técnica, debe ser reproducido aquí una vez más, lo que conduce a rechazar las imputaciones de inconstitucionalidad formuladas” (STC 87/1993, de 11 de marzo).*

<sup>245</sup> El presente capítulo se limita al estudio de la autorización de entidades bancarias *strictu sensu*, sin entrar en la cuestión de las cajas de ahorro, que responden a principios peculiares. Tampoco se aborda la actividad transfronteriza de las entidades de crédito europeas en España o de las españolas en Europa (Título II del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio).

es, de un acto administrativo, cualquiera que sea su denominación específica, por el que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado (artículo 1.2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto).

Así concebida, la autorización bancaria supone:

a) Una técnica administrativa de intervención en una actividad económica de interés general

La autorización bancaria aparece como uno de los supuestos más significados de lo Muñoz Machado ha denominado la “regulación mediante autorizaciones”.<sup>246</sup> La actividad bancaria, por su especial incidencia en la política económica general (en especial, en la gestión discrecional de los agregados monetarios) y por sus potenciales efectos adversos sobre el interés general (en particular, en relación con el sistema de pagos, la protección de los depositantes y el acceso de empresas y familias al crédito) queda sometida a un régimen de intervención administrativa especialmente intensificado que se manifiesta, entre otros aspectos, en la exigencia de un título administrativo previo para el acceso a esta concreta actividad empresarial.

Ello no obstante, la intervención administrativa en el ámbito bancario no alcanza la intensidad propia de los supuestos de reserva a favor del sector público. Consiguientemente, la autorización bancaria presupone la previa titularidad por el

---

<sup>246</sup> Véanse las páginas 1230 y siguientes del volumen I de su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

autorizado de un derecho subjetivo<sup>247</sup>, siendo, por tanto, de naturaleza meramente declarativa<sup>248</sup> (a diferencia de la concesión, en la que el título administrativo es constitutivo, esto es, confiere al concesionario derechos subjetivos que ingresan en su patrimonio).<sup>249</sup>

En el caso del acceso a la actividad bancaria, este derecho subjetivo preexistente, que la autorización se limita a reconocer, removiendo los obstáculos impuestos por la reserva de actividad (artículo 28 LDIEC), se encontraría consagrado con carácter

---

<sup>247</sup> En contra Manzanedo: antes de obtener la autorización el particular no ostenta derecho subjetivo alguno (entendido como una situación de poder concreto tutelada por el ordenamiento jurídico), sino una mera expectativa de derecho, si bien *"no en su sentido corriente de mera esperanza individual sin protección jurídica alguna, sino como posibilidad de adquisición futura de titularidad de un derecho previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos"*. Manzanedo Mateos, J.A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968.

<sup>248</sup> En contra: *"La actividad crediticia está sometida a la intervención de la Administración desde el inicio: la intervención inicial, de carácter constitutivo, es necesaria y se lleva a cabo a través del procedimiento de autorización"* (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 1997/9699).

<sup>249</sup> Ciertamente, las técnicas de la autorización y de la concesión han perdido en el moderno derecho administrativo buena parte de sus perfiles definidores: *"La desnaturalización, unas veces, y la multiplicación y variedades de modelos y técnicas aplicadas para las mismas finalidades, ha hecho entrar en crisis a algunas concepciones tradicionales sobre las técnicas administrativas de intervención en actividades privadas. Un motivo de dicha crisis es la propia pérdida de coherencia y la progresiva dilución de las características básicas de cada una de las citadas técnicas de intervención. Otro motivo, no menos importante, está vinculado a los procesos de liberalización de las economías y a la apertura de los mercados."* Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Volumen I, Madrid, 2006, página 1231.

general en el artículo 38 CE que garantiza *“la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”*.<sup>250</sup>

b) Una técnica administrativa de remoción de una previa prohibición general

Como señala Muñoz Machado, la *“disputa doctrinal sobre la naturaleza de la autorización (...) forma parte de los debates clásicos del Derecho Público (a saber: si la autorización administrativa es una operación de remoción de límites que afectan a una actividad privada inicialmente libre, o, por el contrario, si consiste en la habilitación del ejercicio de una actividad que estaría prohibida a los particulares de no contar con la decisión favorable de la Administración)”*.<sup>251</sup>

En el ámbito de la autorización bancaria la situación se clarifica notablemente dada la previsión expresa contenida en el artículo 28 LDIEC (*“ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y*

---

<sup>250</sup> En este sentido, Michavila, J.M., en *Autorizaciones*, incluido en *Estudios de Derecho público*, Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (Director), CEURA, Madrid, 1987.

En contra, Franch i Saguer: *“A nuestro juicio, el artículo 38 no enuncia un derecho subjetivo. Creemos que se trata simplemente de una garantía institucional, puesto que el artículo 38 consagra el principio de libertad de empresa, que el legislador deberá respetar, pero no supone la atribución de un derecho subjetivo para el particular. En todo caso, será la ley que regula la ‘libertad de empresa’, la que determinará el derecho subjetivo”*. Franch i Saguer, Marta, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, páginas 223-224.

<sup>251</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Volumen I, Madrid, 2006, página 1231.

*hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito...”).*<sup>252</sup>

Consiguientemente, la autorización bancaria, previa comprobación por la Administración autorizante de la concurrencia en el peticionario de los requisitos legales<sup>253</sup>, enerva la prohibición establecida por la norma con carácter general.<sup>254</sup> O

---

<sup>252</sup> El TC viene exigiendo que tales limitaciones sean aprobadas por norma con rango legal: *“El derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el artículo 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35.1 o 38. No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (artículos 93 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal”* (STC 83/1984, de 24 de julio).

<sup>253</sup> *“Dada la trascendencia que, indudablemente, tiene la actividad financiera, las normas legales y reglamentarias que la amparan exigen a las entidades de crédito condiciones desde el inicio: se otorga autorización únicamente si la entidad de crédito justifica los requisitos exigidos por las normas para el ejercicio de la actividad y acredita garantía suficiente para la buena gestión de los fondos que se les pueden confiar”* (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 1997/9699).

<sup>254</sup> *“Es, por lo demás, cierto que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado; y, entre otras,*

en otros términos, la actividad sujeta a autorización es tendencialmente privada no obstante la prohibición (frente a la concesión en la que la actividad deviene pública en virtud de la *publicatio*, que determina la reserva a favor del sector público).

## (2) Caracteres de la autorización bancaria

Aunque no faltan autores que califican la intervención administrativa en materia de acceso a la actividad bancaria como “auténtica concesión”<sup>255</sup>, la mayoría de la doctrina, con apoyo en el tenor literal de la LDIEC, la considera un supuesto autorizatorio, si bien con elementos de particular intensidad que la acercarán a la técnica concesional.<sup>256</sup> Sus notas caracterizadoras serían las siguientes:

---

*por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros” (STC 127/1994, de 5 de mayo).*

<sup>255</sup> En este sentido, Martín Mateo, Ramón, y Sosa Wagner, Francisco, *Derecho administrativo económico. El Estado y la empresa*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, página 75.

<sup>256</sup> “La autorización de funcionamiento, en cuanto título de constitución de un status complejo, adquiere así un relieve organizativo (como han puesto de manifiesto Nigro en Italia y Martín-Retortillo en España, en relación a la creación de nuevos Bancos), hasta situarse en las mismas fronteras que separan el genus autorizatorio del esquema concesional propiamente dicho”. Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. Cívitas, Madrid, 2004, página 142.

Martín-Retortillo considera, siguiendo a Nigro, que los conceptos clásicos de “autorización” y “concesión” no describen adecuadamente la moderna intervención administrativa en la creación de entidades de crédito: “No es posible hablar (...) ni de autorización ni de concesión -actos que se refieren al ejercicio de una actividad- en relación con un acto que incide sobre la constitución, sobre la propia organización de la entidad en cuestión... La determinación del status de ésta, como consecuencia directa de tal autorización y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones, no es algo accidental y añadido a una

a) *La autorización bancaria es una autorización operativa*

Las autorizaciones operativas<sup>257</sup>, a diferencia de las autorizaciones simples, pretenden cumplir dos funciones: (1ª) una función de mero control (propia de las autorizaciones simples) y (2ª) una función de orientación o dirección de la actividad del autorizado (de ahí que la doctrina italiana las denomine, expresivamente, autorizaciones en función de programación).

En el caso de los bancos esta función de dirección se orienta a “*garantizar una gestión sana y prudente de la entidad proyectada*” (artículo 4.1 del Real Decreto

---

*posible situación anterior. Es, por el contrario, lo que determina su modo de ser, su propia realidad. Se trata, en definitiva, de un acto de clara naturaleza organizativa; según se mire desde el punto de vista del sujeto, en sí mismo considerado, o desde el que facilita su inserción en un complejo organizativo general, se asemeja más a los actos constitutivos o a los de encuadramiento y fijación de una posición orgánica determinada, pero que no tiene nada que ver ni con las autorizaciones ni con las concesiones, al menos, tal y como tradicionalmente han venido siendo entendidas*”. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, páginas 278-279.

<sup>257</sup> “Las autorizaciones administrativas han conocido un proceso semejante de diversificación. (...) En unos casos, la Administración se limita a verificar la adecuación a la legalidad de la actividad de los privados; y en otros, sin embargo, la somete a tantos condicionamientos, intervenciones ulteriores, potestades de vigilancia, control y sanción que no resulta fácil distinguir el régimen de estas autorizaciones (llamadas operativas porque la Administración se mantiene vigilante durante todo el tiempo que dura la actividad autorizada), de los principios clásicos de las concesiones”. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 1231.



1245/1995, de 14 de julio)<sup>258</sup>. Naturalmente, la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados proporciona a la Administración financiera un amplio margen de apreciación, que algunos autores consideran próximo a la discrecionalidad<sup>259</sup> (v. infra).

---

<sup>258</sup> Como señala Sánchez Miguel, *“por lo que respecta al sector bancario, la intervención de la Administración se ve facilitada en conexión directa a la autorización previa a que se ve sometido su comienzo en la actividad mercantil”*. Sánchez Miguel, María Candelas, *Bancos privados: falta de cumplimiento de las circulares e instrucciones del Banco de España* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de febrero de 1985), en RDBB, número 22, 1986, página 414.

<sup>259</sup> *“En estos casos, dada la complejidad de los fines que se persiguen, suele ser frecuente que la norma reserve a la Administración ciertas facultades discrecionales en orden al otorgamiento de las autorizaciones, posibilitando también su sujeción a determinadas condiciones, que son, precisamente, los instrumentos en que se plasma esa función de encauzamiento y dirección de la actividad autorizada y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones y a la propia revocación de la autorización otorgada”* (...). *“Sí conviene destacar, sin embargo, el freno que los procesos de liberalización en curso han puesto a la anterior tendencia a la ampliación del ámbito de las autorizaciones operativas y de los poderes discrecionales que conllevan, poderes de difícil control supuesta la indeterminación de la función programadora a la que responden”*. Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. Cívitas, Madrid, 2004, página 139.

En relación con la autorización para la apertura de sucursales, regulada en el artículo 49 LDIEC, el TC ha declarado que *“esa autorización no es automática, como pone de manifiesto la anudación de efectos desestimatorios al silencio, ni totalmente reglada, pues la mención a «lo adecuado de las estructuras administrativas de la sucursal» y, en especial, a «la situación financiera de la entidad de crédito» como hipótesis determinantes de la denegación de la autorización solicitada, pone de relieve la concurrencia de aspectos respecto de los cuales ha de predicarse un margen de apreciación, que conlleva la realización de un juicio técnico mediante el cual se trata de determinar la posible incidencia*

*b) La autorización bancaria es una autorización de funcionamiento*

Las autorizaciones de funcionamiento, a diferencia de las autorizaciones singulares o por operación, no se agotan en el acto autorizatorio sino que generan una relación permanente entre el sujeto autorizado y la Administración autorizante, en la que ésta debe seguir tutelando la permanente compatibilidad de la actividad autorizada con el interés público.<sup>260</sup>

En el caso bancario, la autorización determina la inserción de la entidad autorizada en un peculiar régimen jurídico, caracterizado por su sometimiento a una intensa supervisión por parte de la Administración crediticia.<sup>261</sup> La alcance de las

---

*negativa que la apertura de esa sucursal, y las actividades que en ella se pretenden realizar, pueda tener en la solvencia de la entidad de crédito solicitante y, a su través, en la estabilidad del sistema financiero español en su conjunto” (STC 235/1999, de 16 de diciembre).*

<sup>260</sup> *“Las autorizaciones de funcionamiento responden, en efecto, con carácter general al esquema de los actos-condición (concepto que perfiló León Duguít); son, pues, títulos jurídicos que colocan al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria, cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones), hay que referir en cada momento a la normativa en vigor.”* Fernández, Tomás-Ramón en *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. Cívitas, Madrid, 2004, página 142

<sup>261</sup> Aunque las restricciones son particularmente intensas durante los primeros ejercicios (véase el artículo 6 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio), las potestades de la Administración son significativas durante toda la vida de la entidad.

potestades públicas en materia de disciplina e intervención de las entidades de crédito ha llevado a alguna sentencia a señalar que se trataría de una “relación especial de sujeción”, análoga a la de la función pública o al régimen concesional: *“En la relación con la Administración hay que distinguir la de los administrados en general y las de aquellas personas individuales o jurídicas que están vinculadas a ella por una especial relación jurídica que la doctrina califica de dominación, procedente de un vínculo como el de los funcionarios, el de los concesionarios de servicios u obras o de otra clase como ocurre precisamente con la relación de banqueros que han de inscribirse en un Registro especial sin cuya inscripción no pueden operar, inscripción que las somete a la inspección y vigilancia del Banco de España”* (STS de 18 de febrero de 1985, RJ 1985/818).

No obstante, resulta dudoso que, a pesar de su rigor, la situación de las entidades de crédito pueda asimilarse a la del funcionario, el concesionario o el recluso (ejemplos clásicos de “relación especial de sujeción” desde que Otto Mayer acuñó el concepto para describir ciertas situaciones de “dependencia acentuada” respecto de la Administración)<sup>262</sup>. Parece, más bien, que nos halláramos ante un régimen de policía administrativa<sup>263</sup>, si bien de particular intensidad dados los potenciales

---

*“Las normas legales y reglamentarias facultan a la Administración para que lleve a cabo una actividad controladora (potestad de control), para conseguir que la entidad de crédito de que se trate se someta al ordenamiento jurídico general y específico en su actividad”* (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 1997/9699)

<sup>262</sup> Para un análisis del estado de la cuestión, con especial referencia a las exigencias de legalidad sancionadora en el seno de tales relaciones, véase Prieto Álvarez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 178, Madrid, Enero/Abril 2009.

<sup>263</sup> En contra, Martín-Retortillo: *“Calificación de la actividad administrativa que disciplina y ordena el crédito privado. En relación con este tema –del que tan abundantemente se ha ocupado la doctrina–, y al margen de precisiones estrictamente conceptuales, entiendo que*

efectos adversos<sup>264</sup> de la actividad bancaria para el interés público y los derechos de terceros.<sup>265</sup>

---

*hay, en primer lugar, un amplio sector de actuación jurídicamente encuadrable dentro de la más típica actividad política. (...) Junto a ello, es fácil constatar también cómo la mayor parte de la actuación administrativa en este sector acostumbra a referirse a la que tradicionalmente ha venido calificándose como actividad de policía administrativa. De todos modos, entiendo que por muy amplio y extensivo que formulemos ese concepto, hoy resulta imposible reconducir en él la actividad a la que ahora me refiero".* Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, página 299.

<sup>264</sup> Como ha señalado Esteve Pardo, la policía administrativa es una "categoría en horas bajas", no obstante lo cual "sigue resultando operativa en la práctica de la Administración y cuenta todavía con un amplio reconocimiento jurisprudencial". Esteve Pardo, José, *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Cívitas, número 119, julio-septiembre de 2003, página 324. El autor realiza un interesante análisis de la "mutación conceptual" de la policía administrativa desde el "peligro" (que tiene un origen natural o primario) hacia el "riesgo" (que encuentra siempre su origen en una actividad humana que tiene una materialización técnica).

En la misma línea, se manifiesta Carrillo Donaire: *"La complejidad técnica que preside la reacción jurídica frente al riesgo está alumbrando una nueva concepción de la intervención pública que rebasa las formas tradicionales. La insuficiencia de las clásicas medidas correctivas de la policía administrativa, de carácter puntual e imperativo, ha determinado la emergencia de soluciones jurídicas que rompen el esquema clásico en un triple plano subjetivo, funcional e instrumental."* Carrillo Donaire, Juan Antonio, *Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos*, Revista de Administración Pública, CEPC, Madrid, número 178, enero-abril de 2009, página 91.

<sup>265</sup> La aplicación a las entidades de crédito del concepto de "relación especial de sujeción" es, por otra parte, de dudosa utilidad en la actualidad. La STS de 18 de febrero de 1985 (asunto Banco de Navarra) respondió a la situación existente antes de la LDIEC: la

tipificación de las infracciones en materia de disciplina era sumamente deficiente por lo que era preciso acudir a esta técnica con el fin de evitar que conductas gravísimas para el interés general quedaran impunes. O en otros términos, el concepto de "relación especial de sujeción" permitía eludir las estrictas exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora, en particular, la necesidad de que las infracciones se encontraran tipificadas en norma de rango legal, no meramente reglamentario: *"Y ese sentido extenso del término 'legislación' permite sin duda distinguir en la dilatada y compleja gama de las sanciones administrativas aquellas que, por establecerse en relaciones generales de poder Administración-ciudadanos, exigen por evidente analogía con las sanciones penales unos requisitos legales análogos a éstas como consecuencia de principios comunes al derecho sancionador general, de aquellas otras variadas en que las sanciones se producen como consecuencia de infracciones de ciertas relaciones especiales de poder, ámbitos de autoprotección administrativa, ordenamientos especiales en que se ingresa voluntariamente como consecuencia de ciertas ventajas, esferas específicas de intervención administrativa ordenadas por la ley respecto de determinadas actividades necesitadas de especial protección y garantía, etcétera, en cuyos supuestos, partiéndose sin duda del principio de legalidad que exige que sea la ley quien otorgue la autorización sancionatoria y determine sus principios generales (competencia, alcance, naturaleza y gravedad de las sanciones, v. gr.), permite también la delegación legislativa para la tipificación de las infracciones..."* (STS de 18 de febrero de 1985). En consecuencia, tipificadas adecuadamente en este momento las infracciones en la LDIEC no parece ya necesario conceptuar la relación Administración-entidades de crédito como "especial" o "de dominación".

En este sentido señala Aragón Reyes que *"la incorrección de esta tesis es patente ya que ni las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito pueden ser incluidas de ningún modo en las de sujeción especial, que es una categoría importada de la doctrina alemana y sólo comprensiva, de manera exclusiva, de las relaciones funcionariales, militares, penitenciarias y docentes, ni siquiera en tales relaciones cabe admitir, por principio, la existencia de reglamentos independientes"*. Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, página 54.

c) *La autorización bancaria es una autorización mixta*

La autorización bancaria es el ejemplo paradigmático de las autorizaciones denominadas “mixtas” en la medida en que la Administración verifica tanto aspectos reales o puramente materiales (forma societaria, capital mínimo) como aspectos personales o subjetivos (en particular, la idoneidad de los accionistas titulares de participaciones significativas y la honorabilidad comercial y profesional de los miembros del Consejo de Administración).

Esta relevancia de las condiciones subjetivas de accionistas y directivos supone ciertas desviaciones respecto del régimen general de las autorizaciones, con especial incidencia en el transmisión de participaciones significativas de la entidad autorizada (artículos 56 a 62 LDIEC).

(3) Discrecionalidad administrativa y autorización de bancos

La LOB de 1946 calificó expresamente como discrecional el otorgamiento o denegación de la autorización administrativa para la apertura de bancos, lo que, bajo el imperio de la LJ de 1888, suponía su completa exención del control de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, esta calificación de la autorización como discrecional era en buena medida irrelevante, dada la consagración que la Disposición transitoria segunda de la LOB hizo del “statu quo bancario” (que, en esencia suponía la prohibición de constitución de nuevas entidades).

Como hemos visto, la LOCB de 1962 inició una tímida apertura en el régimen de “statu quo bancario” hasta entonces vigente. No obstante, esta apertura se vio limitada por el naturaleza expresamente discrecional atribuida al otorgamiento o denegación de la autorización administrativa: *“Las expresadas autorizaciones se*

*concederán o denegarán discrecionalmente, atendiendo al interés que para la economía nacional reviste el programa fundacional de los promotores*” (artículo 4 del Decreto 1312/1963, de 5 de junio)<sup>266</sup>, carácter discrecional de la decisión administrativa que fue confirmado en términos enérgicos por la STS de 2 de junio de 1965.<sup>267</sup>

La mención al carácter discrecional de la autorización no desaparece hasta el Decreto 2246/1974, de 9 de agosto, que dispone en su artículo 2 que *“El Ministro de Hacienda atendiendo a los intereses de la economía nacional, a propuesta del Banco de España y previos informes del Consejo Superior Bancario y de la Junta Consultiva del Crédito Oficial, podrá autorizar la creación de nuevos bancos privados que cumplan las condiciones establecidas en los artículos siguientes. Las autorizaciones correspondientes se otorgarán en cada ejercicio, a la vista de la evolución de la actividad desarrollada por el conjunto del sistema bancario, oficial y privado”*. No obstante la supresión de la referencia expresa a la naturaleza

---

<sup>266</sup> Martín Oviedo, aunque reconocía el carácter discrecional de la autorización, apuntaba la existencia de elementos posteriores reglados: *“La autorización es discrecional, modulada tan sólo en función ‘de los intereses de la economía nacional’ y el cumplimiento (éste reglado, por tanto) de las ‘condiciones establecidas’ en esta disposición”*. Martín Oviedo, José María, *Derecho Bancario Español*, Ed. Plunibanif, Madrid, 1977, página 8.

<sup>267</sup> *“En el supuesto enjuiciado, esta facultad discrecional ha sido ejercida, previos los informes preceptivos, habiéndose tenido en cuenta además los antecedentes y circunstancias, entre ellos todos aquellos datos susceptibles de repercusión económica, en la zona de la presunta actuación y que determinaron informe y propuesta negativa del Banco de España y del Consejo Superior Bancario, razones todas que obligan a reconocer que el acto administrativo impugnado ha sido dictado sin omitir la preceptiva vigente en la materia”*.

discrecional de la decisión<sup>268</sup>, la amplitud de los términos utilizados por la norma llevaba a Martín Oviedo a señalar en 1977 que *“las resoluciones concediendo o denegando la creación de nuevos Bancos carecen de recurso administrativo o jurisdiccional, salvo si en las de otorgamiento se probase la ausencia de una de esas condiciones y en las denegatorias se acreditase el cumplimiento de todas éstas y además (lo que resulta prácticamente imposible) su conveniencia a ‘los intereses de la economía nacional’”*.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> Ciertamente, aunque se suprimía la referencia expresa a la discrecionalidad de la decisión, se mantenía la locución verbal “podrá autorizar”, lo que llevó a Núñez Lagos a afirmar que la autorización continuaba siendo “netamente discrecional”. Núñez Lagos, F., *Aspectos jurídicos del control administrativo de las entidades de crédito y ahorro*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

En este punto, algunos autores mantienen, aún modernamente, el carácter discrecional de la autorización: *“El requisito de la autorización (sin el cual el ejercicio de la actividad [bancaria] determina en el orden administrativo -con independencia de la responsabilidad penal- la imposición de sanciones pecuniarias: artículo 29 LDIEC) es una expresión más de contenido supervisor de las competencias administrativas en materia de sistema financiero pues su otorgamiento discrecional está vinculado a la apreciación de circunstancias que hagan favorable, en el conjunto del sistema, la aparición de una nueva entidad”*. Tena Piazuelo, Vitelio, *La intervención administrativa en el mercado financiero*, en *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Bermejo Vera, José (Director), Ed. Cívitas, Madrid, 1999, página 1000.

<sup>269</sup> Martín Oviedo, José María, *Derecho Bancario Español*, Ed. Plunibanif, Madrid, 1977, página 19.

Martín Oviedo parece referirse aquí a la inviabilidad práctica del recurso judicial, o en otros términos, a la dificultad puramente fáctica de fundamentar adecuadamente la demanda impugnatoria. Lo cierto es que la doctrina es unánime en la consideración de que la configuración de una potestad como discrecional no supone exención del ordenamiento



Este régimen sufre, a partir de 1985, la influencia del derecho comunitario, que se orienta a objetivar los requisitos de acceso a la actividad bancaria, reduciendo el margen de apreciación de las Administraciones nacionales.<sup>270</sup> Consiguientemente, tanto el Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre, como, en la actualidad, el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, tratan de determinar con mayor precisión los presupuestos normativos a que ha de sujetarse la resolución de la Administración concediendo o denegando la autorización de creación de un banco.

---

jurídico: *“La atribución de una potestad discrecional conlleva remitir al juicio subjetivo de la Administración la elección entre varias soluciones justas; ahora bien, en la elección de esta solución la Administración no actúa con la nuda arbitrariedad con la que actuaba el Monarca absoluto, sino que, en todo caso, el ejercicio de esa potestad debe verificarse dentro de la atmósfera jurídica que destila el ordenamiento y los principios generales del Derecho”*. López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994, página 391.

<sup>270</sup> Más allá de genéricas consideraciones de justicia o equidad, resultaban evidentes los riesgos que para la consecución de un Mercado Bancario Único suponía la existencia de una amplia discrecionalidad administrativa, que podría ser empleada por los Estados miembros para impedir o dificultar el acceso de operadores extranjeros a los mercados nacionales: *“Considerando que el objetivo anteriormente mencionado (introducir en el conjunto de la Comunidad, condiciones uniformes de aprobación para categorías comparables de entidades de crédito) sólo podrá alcanzarse si se reduce progresivamente el margen de apreciación discrecional especialmente amplio de que disponen ciertas autoridades de control, para la aprobación de las entidades de crédito”* (Considerando noveno de la Directiva 77/780/CE).

Consecuentemente, el artículo 3.3 de la Directiva 77/780/CE prohibió la utilización del criterio de “necesidad económica del mercado” en la consideración de las autorizaciones de creación de entidades de crédito.

No obstante, aunque la decisión administrativa no puede calificarse en la actualidad como discrecional, el Real Decreto 1245/1995 recurre a una serie de “conceptos jurídicos indeterminados”, siendo los de honorabilidad e idoneidad los más notorios.

A diferencia de la “discrecionalidad”<sup>271</sup>, que presupone varias soluciones legalmente indiferentes<sup>272</sup>, en los “conceptos jurídicos indeterminados”<sup>273</sup> una única solución

---

<sup>271</sup> *“La libertad de opción que la Administración ejercita cuando cuenta con poderes discrecionales, le permite definir ella misma, total o parcialmente los intereses generales a los que sirve. Quiere ello decir que será la propia Administración la que formule sus propias políticas de actuación determinando su contenido. (...) La actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente”.* Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 530.

<sup>272</sup> *“Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración, actuando su potestad discrecional, podrá decidir al respecto. Los Tribunales no pueden sustituirla”* (STS de 2 de abril de 1991, RJ 1991/3278).

Sin embargo, “lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales –artículo 103 CE- y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita” (STS de 16 de junio de 1994, RJ 1994/5241).

---

<sup>273</sup> *"La Constitución no veda el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados, ni podría hacerlo, conforme a la naturaleza de las cosas (...)"* (STC 227/1993, de 9 de julio). En sentido idéntico, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados es *"no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia"* (STS de 15 de diciembre de 2003, RJ 3127/2001).

Como ha recordado Muñoz Machado, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados responde al consciente intento de la doctrina alemana de los años cincuenta de reducir la amplitud del concepto de discrecionalidad: *"El más eminente efecto de la consolidación de esta nueva concepción de la discrecionalidad, es que no existe una potestad de tal género cuando lo que se trata es de aplicar por la administración conceptos vagos, imprecisos, inconcretos, que no delimitan, en fin, exactamente, el ámbito de la realidad a que se refieren, porque, en tal caso, la operación aplicativa no será volitiva sino puramente cognitiva, plano intelectual éste en el que no existe discrecionalidad"*. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 542.

La introducción en España de la doctrina alemana de los conceptos jurídicos indeterminados se debe fundamentalmente a Eduardo García de Enterría, en su clásico artículo *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo* (RAP, número 38, 1962).

Otros autores prefieren la terminología "conceptos normativos indeterminados" pues *"se trata de conceptos que, procedentes de cualquier campo del conocimiento, se incorporan a la norma y adquieren una función y un sentido propios en ésta"*. Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985, página 242.

justa es posible siendo, en consecuencia, factible el control judicial<sup>274</sup>. Este control judicial (facilitado, como veremos, por los criterios interpretativos que de ciertos conceptos jurídicos indeterminados proporciona el Real Decreto 1245/1995) es, naturalmente, compatible con la fiscalización de los elementos reglados del procedimiento autorizatorio.

### 3.2.3. El procedimiento autorizatorio

#### (1) Iniciación del procedimiento

Por su propia naturaleza, el procedimiento autorizatorio se inicia en todo caso “a solicitud de persona interesada”, no siendo concebible su incoación de oficio (artículo 68 LRJPAC).

La solicitud de autorización para la creación de un banco se dirigirá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera por duplicado, y deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

- a) Proyecto de estatutos sociales, acompañado de una certificación registral negativa de la denominación social propuesta.

---

<sup>274</sup> “Conviene notar a este respecto, para evitar un malentendido bastante frecuente sobre el que suelen construirse las críticas ulteriores, que esa ‘unidad de solución justa’ a la que nos referimos no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una ‘apreciación por juicios disyuntivos’, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente”. García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Cívitas, Madrid, 2004, página 465-466.

b) Programa de actividades, en el que de modo específico deberá constar el género de operaciones que se pretenden realizar, la organización administrativa y contable, los procedimientos de control interno, así como los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación que se establezcan para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales.

c) Relación de socios que han de constituir la sociedad, con indicación de sus participaciones en el capital social. Tratándose de socios que tengan la consideración de personas jurídicas, se indicarán las participaciones en su capital que representen un porcentaje superior al 5 por 100. En el caso de socios que vayan a poseer una participación significativa, se aportará, además, si son personas físicas, información sobre su trayectoria y actividad profesional, así como sobre su situación patrimonial; y si son personas jurídicas, las cuentas anuales e informe de gestión, con los informes de auditoría, si los hubiese, de los dos últimos ejercicios, la composición de sus órganos de administración y la estructura detallada del grupo al que eventualmente pertenezca.

d) Relación de personas que hayan de integrar el primer Consejo de Administración y de quienes hayan de ejercer como directores generales o asimilados, con información detallada sobre la trayectoria y actividad profesional de todos ellos.

e) Justificación de haber constituido en el Banco de España, en metálico o en deuda pública, un depósito equivalente al 20 por 100 del capital social mínimo.

Si la solicitud de autorización no reuniera los requisitos anteriores, se requerirá a los promotores para que, en un plazo de diez días, subsanen las faltas o acompañen los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hicieran, se les tendrá por desistidos de su petición (artículo 71.1 LRJPAC).

## **(2) Instrucción del procedimiento**

La instrucción del procedimiento autorizatorio, orientada a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (artículo 78.1 LRJPAC), se realizará de oficio por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (artículo 3 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio).

En el curso de la instrucción, el referido centro directivo requerirá preceptivamente informe del Banco de España (artículo 43.1 LDIEC en relación con el artículo 82 LRJPAC), si bien será no vinculante (artículo 83.1 LRJPAC). Asimismo, se solicitará informe del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias sobre la adecuación de los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales previstos en el programa de actividades (artículo 1.1 en relación con el artículo 3.b) del Real Decreto 1245/1995, en redacción dada por el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero).

En todo caso, en la instrucción del procedimiento, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera podrá exigir a los promotores cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en el Real Decreto 1245/1995 (v. infra).

## **(3) Resolución del procedimiento**

La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los seis meses siguientes a su recepción en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción (artículo 1.2 del Real Decreto 1245/1995, concordante con el artículo 3.6 de la Directiva 77/780/CEE).

Cuando la solicitud no sea resuelta en el referido plazo, podrá entenderse desestimada (v. artículo 4.1.a) del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto).

El Ministro de Economía y Hacienda, mediante resolución motivada (artículo 4.1 del Real Decreto 1245/1995 en relación con el artículo 54.1.a) LRJPAC) denegará la autorización cuando no se cumplan los requisitos reglamentarios (artículo 43 LDIEC). La resolución del Ministro pone fin a la vía administrativa (artículo 109 LRJPAC), por lo que podrá ser recurrida potestativamente en reposición o ser impugnada directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 116.1 LRJPAC).

Conferida la autorización por cumplimiento de los requisitos reglamentarios, los promotores deberán dentro del año siguiente a la notificación:

- a) Otorgar la oportuna escritura de constitución de la sociedad e inscribirla en el Registro Mercantil (artículo 5.1 del Real Decreto 1245/1995 en relación con el artículo 7 LSA).
- b) Solicitar la inscripción de la entidad en el Registro Especial del Banco de España. Obtenida la autorización, la inscripción en el Registro es automática y determina la habilitación para iniciar las actividades bancarias.

El inicio de actividades es tanto un derecho, reconocido o conferido<sup>275</sup> por la autorización, como un deber jurídico, de tal manera que su incumplimiento determina la caducidad de la autorización (artículo 43.6 LDIEC).

---

<sup>275</sup> Si se considera que existe un derecho preexistente derivado del artículo 38 CE, la autorización se limita a reconocerlo, removiendo los obstáculos impuestos por la reserva de actividad (artículo 28 LDIEC). Por el contrario, si el acto administrativo es constitutivo (v. STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 1997/9699) la autorización administrativa confiere el derecho a la creación del banco y al correlativo ejercicio de la actividad bancaria (v. supra).

Por el contrario, la interrupción de hecho de las actividades durante un periodo superior a seis meses podrá determinar la revocación de la autorización que, a diferencia de la caducidad, no opera "ope legis" (v. artículo 57 bis LOB)<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> La jurisprudencia ha declarado que la revocación de la autorización no supone una sanción sino la constatación por la Administración del incumplimiento de las condiciones a que se subordinó la autorización: *"El hecho de que la Resolución impugnada revoque la autorización que le había sido otorgada al Banco del País no significa que, necesariamente nos hallemos ante la imposición de una sanción, que exija tramitar todo un expediente sancionador, conclusión a la que llega el actor al trasladar al caso debatido la teoría de las diversas clases en que la doctrina divide las condiciones resolutorias, una de las cuales es la «revocación-sanción» en la que el actor y apelante incluye el acto impugnado. Frente a los argumentos extensísimamente expuestos en el escrito de demanda, reiterados luego en las conclusiones y en las alegaciones de esta apelación, debe de mantenerse que, en los actos sometidos a condición resolutoria, tales actos quedan sin efecto si la condición se cumple, pero en el caso que se contempla, no se trata de condiciones establecidas por la Administración, en el acto singular de otorgar la autorización, sino de condicionamientos impuestos por el Ordenamiento Jurídico, los cuales actúan a modo de 'conditio iuris' y por lo tanto, para que el acto en cuestión tenga plena eficacia jurídica, han de ser cumplidas en su totalidad las exigencias que dicho Ordenamiento Jurídico impuso, las cuales operan como verdaderos requisitos legales o como presupuestos necesarios para que el acto administrativo tenga eficacia; lo que antecede, admitido comúnmente por la doctrina y por la jurisprudencia de este Tribunal, tiene exacta aplicación al caso debatido, en el cual, la autorización otorgada al Banco del País estaba condicionada por el Decreto de 9 de Agosto de 1974 -a cuyo amparo se creó- a que durante el plazo de cinco años cumpliera determinados requisitos y no incumpliera otros, por lo que, como se ve, no se trataba de una autorización definitiva y simple que produjera desde su nacimiento, plenos efectos jurídicos sino que para ello era preciso que a lo largo del plazo de cinco años se cumplieran los requisitos que, para la plena eficacia de la autorización, impuso el Ordenamiento Jurídico; y que esto es así lo confirma el artículo 2 del Decreto de 5 de Junio de 1981 que, al suprimir determinadas limitaciones establecidas en el Decreto de 9 de Agosto de 1974,*



### 3.2.4. Requisitos de acceso a la actividad bancaria

El artículo 43.4 LDIEC deslegaliza parcialmente los requisitos de acceso a la actividad bancaria al establecer que la autorización para la creación de una entidad

---

*para personas jurídicas y participación de capital extranjero, dice que tales limitaciones cesarán cuando por el Ministerio de Economía y Comercio se conceda a los Bancos mencionados «la confirmación definitiva de la autorización de creación» lo que evidencia la provisionalidad de esa autorización, durante los cinco primeros años de su creación; todo ello obliga a concluir que no nos hallamos ante un caso de revocación-sanción, como razona el apelante, sino ante la ineficacia de un acto originado por el incumplimiento de los requisitos impuestos por el Ordenamiento Jurídico, lo que hace que la autorización otorgada, al no cumplirse tales requisitos, deja de tener eficacia ex tunc» (STS de 14 de mayo de 1986, RJ 1986/2373).*

Esta última conclusión de la sentencia parece discutible. La revocación exige un acto positivo de la Administración (*"El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, será competente para acordar la revocación"*, apartado 2 del artículo 57 bis LOB). En consecuencia, como regla general la revocación surtirá efectos desde la fecha en que se dicte el correspondiente Acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 57.1 LRJPAC). O en otros términos, en principio, la revocación operará "ex nunc", como confirma el apartado 5 del artículo 57 bis LOB al disponer que la revocación conllevará el cese (no la nulidad retroactiva) de cuantas operaciones vinieran amparadas por la concesión de la autorización revocada.

Por otra parte, el artículo 5.1 del Real Decreto 1245/1995 establece que la autorización "podrá ser revocada" (en sentido análogo el artículo 57 bis LOB) lo que parece sugerir que, no ejercitada por la Administración su potestad revocatoria, la autorización conferida continua vigente no obstante el incumplimiento por el autorizado de los requisitos reglamentarios.

de crédito se denegará *“cuando incumpla los demás requisitos que reglamentariamente se establezcan para su obtención”*.

Los requisitos establecidos en el Real Decreto 1245/1995<sup>277</sup> pueden sistematizarse como sigue:

(1) Requisitos relativos a la entidad (condiciones reales de la autorización)

La concesión de la autorización se sujeta, en primer lugar a ciertos requisitos referidos a la entidad que, por tanto, podemos calificar de objetivos, reales o materiales:

*a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida.*

En consecuencia, aunque el artículo 37 LOB dispone aún que *“ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas...”*, en la actualidad los bancos deben adoptar en todo caso forma de sociedad anónima, habiendo desaparecido, por tanto, la figura tradicional del banquero individual.

---

<sup>277</sup> Para el resto de las instituciones financieras, los requisitos de creación se encuentran en las siguientes normas:

Cajas de ahorros: Decreto 1838/1975, de 3 de julio.

Cooperativas de crédito: Real Decreto 84/1993, de 22 de enero.

Establecimientos de cambio de moneda: Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre.

Establecimientos financieros de crédito: Real Decreto 692/1996, de 26 de abril.

Empresas de servicios de inversión: Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

La constitución de la sociedad deberá necesariamente verificarse por convenio entre los fundadores (artículos 13 a 18 LSA), quedando excluida la suscripción pública de las acciones.

En lo demás, los bancos, como sociedades anónimas especiales, se regirán por las disposiciones de la LSA en cuanto no se opongan a la legislación bancaria.

*b) Tener un capital social inicial no inferior a 3.000 millones de pesetas, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas.*

En consecuencia, se eleva el mínimo del artículo 4 LSA con la finalidad de reforzar la solvencia y fortaleza de los bancos.

Este capital social “inicial” debe mantenerse durante la vida operativa de la entidad, constituyendo infracción muy grave en materia de disciplina “*el mantener durante un periodo de seis meses unos recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la autorización correspondiente al tipo de entidad de crédito de que se trate*” (artículo 4.b) LDIEC).

*c) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito.*

A estos efectos pueden considerarse actividades propias de las entidades de crédito (i) la recepción de fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución y (ii) la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza (artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de entidades de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea).

*d) No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.*

No caben, en consecuencia, los denominados bonos de fundador o cédulas beneficiarias (artículo 11.2 LSA).

*e) Contar con una buena organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad.*

En especial, el Consejo de Administración deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que todos sus miembros puedan cumplir en todo momento sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, la Ley de Sociedades Anónimas, u otras disposiciones que sean de aplicación.

A diferencia de los anteriores requisitos, de contenido estrictamente reglado, se incorporan aquí ciertos conceptos jurídicos indeterminados: “buena” organización administrativa y contable, procedimientos de control interno “adecuados” y gestión “sana y prudente”.

*f) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales en las condiciones establecidas en los artículos 11 y 12 del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.*

Este requisito ha sido introducido por el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, y es indicativo de la inquietud existente respecto de la posible vulnerabilidad de las entidades financieras a esquemas delictivos.

(2) Requisitos relativos a los accionistas y administradores (condiciones subjetivas de la autorización)

*a) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos.*

El Real Decreto trata de especificar el concepto jurídico de “idoneidad” que se apreciará, entre otros factores, en función de:

1.º La honorabilidad comercial y profesional de los accionistas. Esta honorabilidad se presumirá siempre cuando los accionistas sean Administraciones públicas o entes de ellas dependientes.

En consecuencia, la idoneidad se configura como un concepto más amplio que el de honorabilidad, englobando a éste. Por tanto, cabe que los accionistas, no obstante su plena honorabilidad, deban considerarse inidóneos por aplicación de los criterios siguientes.

2.º Los medios patrimoniales con que cuentan dichos accionistas para atender los compromisos asumidos.

3.º La transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad y, en general, la existencia de graves dificultades para inspeccionar u obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.

Así ocurrirá, significativamente, en el caso de que el grupo de control se encuentre domiciliado en un centro financiero extraterritorial o paraíso fiscal (véase su enumeración en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio).<sup>278</sup>

4.º La posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de las actividades no financieras de sus promotores, o cuando, tratándose de actividades financieras, la estabilidad o el control de la entidad pueda quedar afectada por el alto riesgo de aquéllas.

*b) Contar con un Consejo de Administración formado por no menos de cinco personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, debiendo poseer, al menos la mayoría, conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones. Tales honorabilidad, conocimientos y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad, así como en las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros.*

En consecuencia, la mayoría de los consejeros y todos los directores generales o asimilados deben reunir dos condiciones:

---

<sup>278</sup> Aunque estrictamente considerado un "paraíso fiscal" es una jurisdicción con un régimen tributario exorbitante orientado a atraer capitales de no residentes, esta característica esencial se ve complementada con otras adicionales: falta de supervisión bancaria efectiva, opacidad de los instrumentos societarios, ausencia de intercambio de información con autoridades extranjeras, etcétera.

(i) *Honorabilidad comercial y profesional.*<sup>279</sup> El Real Decreto concreta el concepto de “honorabilidad” mediante una doble caracterización. En primer lugar una nota positiva: concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. En segundo lugar, una nota negativa: en todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes tengan antecedentes penales o se encuentren procesados<sup>280</sup> por delitos de falsedad, contra la Hacienda Pública, de infidelidad en la custodia de documentos, de blanqueo de capitales, de violación de secretos, de malversación de caudales públicos, de descubrimiento y revelación de secretos o contra la propiedad, los inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección en entidades financieras<sup>281</sup> y los quebrados y concursados no rehabilitados.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> Aunque referido a un supuesto netamente distinto (ejercicio de la potestad disciplinaria en el seno de la Guardia Civil), el TS ha calificado la “honorabilidad” como un “plus de moralidad” (STS de 29 de junio de 2000, Sala de lo Militar, RJ 2000/5281).

<sup>280</sup> A estos efectos es equivalente el auto de apertura de juicio oral (Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

<sup>281</sup> Conforme al artículo 12.1 LDIEC, con independencia de la sanción que corresponda imponer a la entidad de crédito infractora por la comisión de infracciones muy graves, podrán imponerse a quienes, ejerciendo cargos de administración, de hecho o de derecho, en la misma, sean responsables de la infracción la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación, en su caso, del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad de crédito, por plazo no superior a diez años (redacción dada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre).

<sup>282</sup> Conforme al artículo 124.1 LSA “no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley

*(ii) Conocimientos y experiencia adecuados.*

El Real Decreto concreta que poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en los bancos quienes hayan desempeñado, durante un plazo no inferior a cinco años, funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras o funciones de similar responsabilidad en otras entidades públicas o privadas de dimensión al menos análoga a la entidad que se pretenda crear. En consecuencia, el término “adecuación” se concreta mediante la utilización de nuevos conceptos indeterminados como los de “similar” responsabilidad o dimensión al menos “análoga”.

### 3.2.5. Los efectos de la autorización bancaria

El efecto esencial de la autorización bancaria es el de remover los límites al ejercicio de la actividad de intermediación en el crédito, límites que técnicamente se han venido articulando como “reservas bancarias”.

**(1) Las reservas bancarias**

Como hemos señalado, el artículo 28.1 LDIEC dispone taxativamente que *“Ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de*

---

*Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio”* (redacción dada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal).



*crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas*".<sup>283</sup>

Por tanto, la "reserva de actividad", que supone la prohibición de realizar las actividades legalmente reconocidas a las entidades de crédito sin haber obtenido la preceptiva autorización, se complementa con una "reserva de denominación" que se orienta a *"preservar –en pro de los intereses no sólo de tales entidades sino, especialmente, de los ciudadanos que se ven compelidos a utilizar sus servicios en las circunstancias actuales y a depositar en ellas su confianza– la distinción neta entre las entidades financieras, sujetas a unos condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles"* (STS de 21 de julio de 2000, RJ 2000/5226). En consecuencia, la reserva cumple una doble finalidad: (1ª) proteger a las entidades de crédito frente a la competencia desleal de otras sociedades mercantiles menos solventes, y (2ª) proteger la legítima confianza del público en la adecuada supervisión de las instituciones receptoras de fondos reembolsables.

Consecuentemente, la reserva de denominación debe entenderse en sentido amplio, en la medida en que sea susceptible de generar confusión en el público respecto de la naturaleza de la actividad de la empresa. Ello supone que la reserva comprende: (1º) Las "denominaciones genéricas" propias de las entidades de crédito: *"Entre las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito y reconocidas como tales por el sentir popular, el término 'banco' es que más arraigo tiene en el panorama empresarial español, hasta el punto de que cualquier empresa que incluya en su denominación aquel término será asociada e identificada con las que forman parte de nuestro sistema financiero y crediticio"* (STS de 21 de julio de 2000, RJ 2000/5226). Idénticas consideraciones cabe formular respecto de las

---

<sup>283</sup> La LOB era quizá más expresiva: *"Nadie podrá ejercer el comercio de Banca ni usar la denominación de 'banco' o 'banquero' sin figurar en el Registro de Bancos y Banqueros, que estará a cargo de la Dirección de Banca y Bolsa"* (artículo 38).

denominaciones “caja de ahorros” o “caja rural” (denominación esta última, tradicional de la modalidad más importante de cooperativas de crédito). (2º) Las denominaciones que “puedan inducir a confusión” con las denominaciones genéricas. En este punto, aunque carecemos de orientaciones jurisprudenciales precisas en relación con el sector del crédito, puede ser de utilidad la copiosa doctrina creada en materia de propiedad industrial al interpretar el concepto de “confusión en el mercado” establecido en el artículo 12 de la Ley de Marcas.<sup>284</sup>

Adicionalmente, la denominación no es susceptible de prescripción adquisitiva: *“El empleo o uso del nombre aplicado a las personas jurídicas, al igual que ocurre en las físicas, ha de hacerse sin contrariar las posibles limitaciones o prohibiciones legales que pudieran existir al respecto, y en tal sentido, es bien clara la prohibición que establece el artículo 38 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 (en la actualidad, artículo 28.1 LDIEC), acerca de que nadie podrá usar la denominación de Banco o Banquero sin figurar inscrito en el Registro de Bancos y Banqueros, hasta el punto de disponer, en su último párrafo, que «sólo por excepción y tratándose de casos justificados y notorios, podrá autorizar el Gobierno que una determinada entidad que viniera usando con anterioridad la denominación, sin realizar efectivamente operaciones bancarias, continúe usándola sin figurar en el Registro de Bancos y Banqueros». La prohibición legal acabada de exponer, viene a determinar que la voz «Banco» no era susceptible de apropiación, ni, por tanto, objeto de posesión (artículo 437 del Código Civil), lo que, a su vez conlleva la imposibilidad de su prescripción, el no estar en el comercio de los hombres (artículo 1936 del citado texto legal), y determina, así mismo, que su uso indebido haya de*

---

<sup>284</sup> En esta cuestión, la Administración mantiene un criterio estricto, habiéndose denegado la inscripción de una entidad de financiación denominada “Finan Hipotecaria, EF, SA” por estimar que la expresión “Hipotecaria” podía conculcar la reserva de denominación de las entidades de crédito prevista en el artículo 28 LDIEC (véase STS de 17 de mayo de 1999, RJ 1999/4147).

*considerarse nulo de pleno derecho, al contradecir una norma prohibitiva (artículo 6.3 del repetido Código)” (STS de 28 de noviembre de 1989, RJ 1989/7917).*

## **(2) Protección jurídica de las reservas**

Las reservas establecidas en el artículo 28.1 LDIEC se protegen mediante un doble mecanismo jurídico:

a) En primer lugar, un mecanismo de naturaleza cautelar: el cierre del Registro Mercantil a las sociedades que infrinjan la reserva: *“El Registro Mercantil y los demás registros públicos no inscribirán a aquellas entidades cuya actividad u objeto social o cuya denominación resulten contrarios a lo dispuesto en el artículo 28 de esta Ley”* (artículo 30 LDIEC). Esta disposición es de la máxima importancia dada la naturaleza constitutiva de la inscripción registral en el caso de las sociedades capitalistas (artículo 7 LSA). El cierre se complementa con la declaración de nulidad radical de los asientos practicados con infracción de la prohibición legal: *“Cuando, no obstante, tales inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición del órgano administrativo competente.”* Esta última previsión supone una notable exorbitancia por cuanto, con carácter general, *“los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad”* (artículo 7.1 RRM). No obstante, *“Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes registros”*, precepto concordante con lo dispuesto en el artículo 8 RRM: *“La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho.”*

b) En segundo lugar, un mecanismo de naturaleza reactiva: las reservas del artículo 28.1 LDIEC se protegen mediante la atribución de potestad

sancionadora a la Administración Pública: *“Las personas o entidades que infrinjan lo dispuesto en el artículo anterior, serán sancionadas con multa por importe de hasta 150.000 euros. Si requeridas para que cesen inmediatamente en la utilización de las denominaciones o en la realización de las actividades, continuaran utilizándolas o realizándolas serán sancionadas con multa por importe de hasta 300.000 euros, que podrá ser reiterada con ocasión de posteriores requerimientos”* (artículo 29.1 LDIEC).

## **4. La regulación de la actividad crediticia**

### **4.1. La protección de la solvencia de las entidades de crédito**

#### **4.1.1. Introducción**

La solvencia de las entidades de crédito (esto es, su capacidad para hacer frente a los compromisos asumidos frente a terceros) se protege por la legislación de disciplina a través de un doble mecanismo: (1) De forma positiva, exigiendo unos determinados ratios patrimoniales o "requerimientos de recursos propios"<sup>285</sup>, que se expresan matemáticamente a través del coeficiente de solvencia o garantía<sup>286</sup>. (2) De forma negativa, imponiendo a las entidades ciertas limitaciones en su actividad,

---

<sup>285</sup> *"Aunque desde un punto de vista normativo no fuera necesario disponer de niveles mínimos de capitalización, la banca, al asumir niveles de riesgo no estimables con exactitud y por tanto no incorporables a su estructura de costes, tiene que disponer de reservas suficientes para hacer frente a esas eventualidades. En este sentido el nivel de capitalización sería por consiguiente aquel necesario para hacer frente a las pérdidas ocasionadas por riesgos conocidos cuyas posibles consecuencias adversas no son estimables con exactitud."* Casilda Béjar, Ramón, Lamothe Fernández, Prosper y Monjas Barroso, Manuel, *La banca y los mercados financieros*, Ed. Alianza, Madrid, 1997, página 87.

<sup>286</sup> *"La exigencia de un incremento sensible en los recursos propios de las entidades de crédito en general por parte de las autoridades de vigilancia ha obedecido a un contexto caracterizado en los últimos años por un grado creciente de riesgo vinculado al desarrollo de la misma actividad bancaria, por grandes crisis sectoriales, por discontinuidades coyunturales y por situaciones continuadas de tensiones inflacionistas y de inestabilidad de los tipos de cambio, junto al descenso de la calidad de los créditos"*. Tapia Hermida, Alberto Javier, *La financiación externa de las cajas de ahorros, en particular las obligaciones subordinadas y las cuotas participativas*, en *RDBB*, número 43, 1991, página 690.

con el fin de evitar la excesiva concentración de las operaciones activas en clientes o grupos de clientes interrelacionados.

#### 4.1.2. Los requerimientos de recursos propios<sup>287</sup>

La base cuarta del artículo 2º de la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921 dispuso que correspondería al Consejo Superior Bancario “establecer la relación mínima que debe existir entre (el) capital más los fondos de reserva y el volumen de las cuentas corrientes acreedoras de cada Banco o banquero, teniendo en cuenta la naturaleza del Banco y la índole especial de las operaciones.” Aunque la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 contemplaba una habilitación análoga en favor del Ministro de Hacienda<sup>288</sup>, el establecimiento efectivo en nuestro sistema financiero de un auténtico coeficiente de garantía o

---

<sup>287</sup> *“En la actualidad puede decirse que prácticamente nadie, salvo desde posturas liberales extremadas, discute la conveniencia, e incluso la necesidad, de su existencia en este ámbito basada tanto en las lecciones ofrecidas por la historia reciente y remota de estas entidades, como en la incertidumbre que siempre acompaña a su futuro. Ambas nos muestran la trascendencia y complejidad de las funciones de los intermediarios financieros bancarios, sus especiales características, los peligros de las pérdidas de confianza en su correcta actuación por parte de los demás agentes económicos y la consiguiente necesidad de que las autoridades regulen y vigilen adecuadamente, a través de sistemas como el constituido por este coeficiente (de garantía), la seguridad de sus operaciones, impidiendo las en exceso arriesgadas, que pueden poner en peligro la estabilidad monetaria y financiera del conjunto del sistema.” Parejo Gámir, José Alberto, Rodríguez Sáiz, Luis, y Cuervo García, Álvaro, Manual de Sistema Financiero Español, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, página 189.*

<sup>288</sup> El artículo 44 le facultaba, previo informe del Consejo Superior Bancario “para exigir con carácter general el mantenimiento de una determinada proporción entre el importe de los recursos propios de los Bancos y el conjunto de sus obligaciones”.

solvencia no se producirá hasta 1963 (Orden de 21 de mayo)<sup>289</sup>, y aún entonces, exclusivamente limitado a los bancos industriales, pues para la banca comercial habría de esperarse hasta fecha tan tardía como 1974 (Orden de 9 de agosto)<sup>290</sup>.

Los coeficientes se fijaron en el 8 por 100 para los bancos comerciales (si bien se habilitaba al Banco de España para alterarlo entre un mínimo del 7 por 100 y un máximo del 10 por 100)<sup>291</sup> y en el 15 por 100 para la banca industrial (reducido al 10 por 100 por Orden de 5 de febrero de 1968)<sup>292</sup>. Las cajas de ahorros, por el contrario, no quedaron sometidas propiamente al cumplimiento de un coeficiente de garantía, si bien el nivel de éste determinaba el destino de los excedentes líquidos, tras amortizaciones, saneamientos e impuestos<sup>293</sup> (para un coeficiente del 8 por 100 las cajas venían obligadas a destinar a reservas un 50 por 100 de los

---

<sup>289</sup> De conformidad con el artículo 8 del Decreto-ley 53/1962, de 29 de noviembre.

<sup>290</sup> Dictada al amparo de la habilitación conferida por el artículo 7 del Decreto-ley 56/1962, de 6 de diciembre (es decir, se tardó casi doce años en hacer uso de la habilitación).

<sup>291</sup> El mismo régimen para las cooperativas de crédito a partir del Real Decreto-ley de 3 de noviembre de 1978.

<sup>292</sup> El incumplimiento del coeficiente podía dar lugar, además de a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 57 LOB, a la aplicación de un interés penalizador de hasta el 2 por 100 en el principal de las operaciones de crédito, préstamo y redescuento con el Banco de España (Orden de 9 de agosto de 1974).

<sup>293</sup> Alude a esta diferencia de régimen el Preámbulo de la Ley 13/1985, de 25 de mayo: *"Respecto a la reforma del coeficiente de garantía, ha de tenerse muy presente que en la actualidad el nivel mínimo de recursos propios de los Bancos y de las Cooperativas de crédito se define sobre los depósitos y bonos de caja. Las Cajas de ahorro, por su parte, no tienen formalmente un coeficiente similar, aun cuando deben aceptar ciertas limitaciones en función de esa relación."*

excedentes líquidos, porcentaje que se incrementaba al 80 por 100 para coeficientes inferiores al 3 por 100).

En la actualidad, se ha procedido a equiparar a todas las entidades de crédito<sup>294</sup>, estableciendo con carácter general el artículo 6.1 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (en la redacción dada por la Ley 36/2007, de 16 de noviembre), que los grupos consolidables de entidades de crédito, así como las entidades de crédito integradas o no en un grupo consolidable de entidades de crédito, deberán mantener en todo momento un volumen suficiente de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos.

---

<sup>294</sup> Incluido el Instituto de Crédito Oficial: de conformidad con el artículo 17 de sus Estatutos, aprobados por Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, el Instituto de Crédito Oficial queda sometido a las disposiciones relativas a entidades de crédito contenidas en el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre. Asimismo, de acuerdo con el artículo 19 los beneficios del Instituto se aplicarán a constituir las reservas necesarias para que la suma de sus recursos propios no sea inferior a la que corresponda según la normativa reguladora de los recursos propios de las entidades de crédito.



A estos efectos, se considerarán recursos propios<sup>295</sup>, el capital social<sup>296</sup>, el fondo fundacional<sup>297</sup>, las cuotas participativas<sup>298</sup>, las reservas<sup>299</sup>, los fondos y provisiones

---

<sup>295</sup> La Ley 13/1985, de 25 de mayo, amplió la definición de recursos propios (antes limitada al capital social y las reservas efectivas y expresas) para tener en cuenta la situación de aquellas entidades que *“por su naturaleza jurídica no pueden emitir capital -Cajas de Ahorros- o experimentar dificultades y limitaciones para hacerlo -Cooperativas de Crédito”* (del Preámbulo).

<sup>296</sup> Téngase en cuenta que en el caso de apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea se entenderá por capital social mínimo la dotación mantenida por la entidad en España de fondos de carácter permanente y duración indefinida disponibles para la cobertura de pérdidas de la sucursal (artículo 9.2.a) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio).

<sup>297</sup> Cumple en las cajas de ahorros la función del capital social de las sociedades anónimas.

<sup>298</sup> Las cuotas participativas de las cajas de ahorros son valores negociables que representan aportaciones dinerarias de duración indefinida, que pueden ser aplicadas en igual proporción y a los mismos destinos que los fondos fundacionales y las reservas de la entidad (artículo 7.2 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo). Aunque carecen de todo derecho político, las cuotas participativas confieren a sus titulares los siguientes derechos de carácter económico: (a) Participación en el reparto del excedente de libre disposición de la caja en la proporción que el volumen de cuotas en circulación suponga sobre el patrimonio de la caja más el volumen de cuotas en circulación. (b) Suscripción preferente de cuotas participativas. (c) Obtención de su valor liquidativo en el caso de liquidación. (d) Obtención, en los casos de amortización por fusión, del valor de mercado de las cuotas participativas. (e) Percepción de una retribución de carácter variable con cargo a la parte del excedente de libre disposición que les corresponda o, en su caso, al Fondo de Estabilización (artículo 7.4), dado que éste tiene precisamente como finalidad evitar las fluctuaciones excesivas en la retribución de las cuotas participativas (artículo 7.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo).

---

Según Lagares, las cuotas participativas *“parecen constituir una solución razonable al problema (de los recursos propios de las cajas de ahorro). En primer término, porque su duración es indefinida por naturaleza y, en segundo lugar, porque los requisitos que a las mismas se les exige en otros países – la posibilidad de libre aplicación para compensar pérdidas y el hecho de que su retribución quede limitada a la existencia de excedentes – hace que tales cuotas puedan ser valoradas sin límite alguno como recursos propios de las entidades emisoras”*. Lagares Calvo, Manuel, *Cajas de ahorros: los retos del futuro*, en *PPE*, número 36, 1988, página 172.

Señala este mismo autor que *“si se analizan con detenimiento, y de modo que se traspasen las apariencias puramente formales, las ‘cuotas participativas’ no son, de hecho, muy distintas a las acciones de las grandes sociedades anónimas, y parecen, incluso, responder claramente a idénticas inquietudes respecto al control del poder ‘político’ – situado en lo que constituye sus órganos de gobierno – en ambos grupos de entidades”*. Lagares Calvo, Manuel, *Cajas de ahorros: las respuestas españolas*, en *PPE*, número 46, 1991, página 215.

Naturalmente, no falta quien estima necesario llevar esta evolución hasta sus últimas consecuencias, considerando que la transformación en sociedades anónimas, *“con la consiguiente posibilidad de emitir acciones ordinarias y una amplia variedad de otros títulos valores, sin límites legales, representaría la solución ideal para los problemas de capital de las cajas de ahorros desde el punto de vista financiero”*. Revell, Jack, *El futuro de las cajas de ahorros. Estudio de España y del resto de Europa*, CECA, Madrid, 1989, página 88.

Ciertamente, durante la reciente fase de expansión económica (especialmente en un contexto de elevadísima liquidez) la insuficiencia de capitalización de las cajas de ahorros no aparecía como un problema acuciante, como ponía de manifiesto la intensa actividad compradora de buen número de ellas. Por ello, las propuestas de privatización de las cajas tendían a fundamentarse preferentemente en razones de equidad (supuesta competencia desleal con la banca privada, dado que ésta está obligada a retribuir a sus accionistas) o disciplina de mercado (en la medida en que, al carecer de accionistas, las cajas podrían adoptar decisiones antieconómicas), antes que en la necesidad o conveniencia de reforzar su base de capital. Sin embargo, las turbulencias desatadas en los mercados mayoristas a

genéricos, los fondos de la Obra Benéfico-Social de las cajas de ahorros, los fondos de educación y promoción de las cooperativas de crédito<sup>300</sup>, las participaciones

---

partir del verano de 2007 han puesto de manifiesto las dificultades que para reforzar su base de capital plantea la actual configuración jurídica de las cajas.

Sánchez Calero sistematiza las opciones de reforma de las cajas como sigue: “En primer lugar, las soluciones ‘radicales’ que parten de la transformación del tipo fundacional con extinción de la propia fundación para dar lugar a nuevas sociedades anónimas siguiendo el modelo adoptado en varios ordenamientos europeos. En segundo lugar existen soluciones intermedias en las cuales la creación de nuevas sociedades mercantiles, con formas de sociedades anónimas o de sociedades comanditarias por acciones, por parte de las fundaciones de las cajas de ahorros, que perderían su condición de entidades de crédito, condición que pasa a las entidades creadas y mayoritariamente participadas por aquellas fundaciones. En tercer lugar, la afiliación por parte de las cajas de ahorros – que conservarían su condición de entidades de crédito – de bancos privados. Por último las soluciones ‘conservadoras’ llevarían a mantener el tipo fundacional de caja de ahorros, si bien incrementando todos los aspectos empresariales y crediticios de su actividad”. Sánchez Calero, Francisco Javier, *La identidad de las cajas de ahorros: pasado, presente y futuro*, en RDBB, número 28, 1987, página 573.

<sup>299</sup> Incluidos el Fondo de participación y el Fondo de reserva de cuotapartícipes de las cajas de ahorros y su confederación (artículo 12.1.b) del Real Decreto 216/2008, de 165 de febrero).

<sup>300</sup> Conforme al artículo 8.3 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito, los beneficios del ejercicio se destinarán a cubrir pérdidas de ejercicios anteriores, que no hubiesen podido ser absorbidas con cargo a los recursos propios. El saldo acreedor de la cuenta de resultados constituirá el excedente neto del ejercicio económico y, una vez deducidos los impuestos exigibles y los intereses al capital desembolsado, limitados de acuerdo con la legislación cooperativa, el excedente disponible se destinará: (a) a dotar el Fondo de Reserva obligatorio, al menos, con un 20 por 100; (b) el 10 por 100, como mínimo, a la dotación del Fondo de Educación y Promoción, y (c) el resto estará a

preferentes<sup>301</sup>, las financiaciones subordinadas<sup>302</sup>, así como otras partidas exigibles o no, susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas (artículo 7.1 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo).<sup>303</sup>

---

disposición de la Asamblea General, que podrá distribuirlo de forma siguiente: retorno a los socios, basado en los criterios estatutarios al respecto, dotación a Fondos de Reserva voluntarios o análogos, que sólo serán disponibles previa autorización de la autoridad supervisora, y, en su caso, participación de los trabajadores. Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento del coeficiente de solvencia y de la normativa aplicable a los tres primeros años de existencia de una cooperativa de crédito.

Los fondos de educación y promoción de las cooperativas de crédito se considerarán recursos propios siempre que tengan carácter permanente. Se entiende que tienen carácter permanente los que se hallen materializados en inmuebles (artículo 20.1e) del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre).

<sup>301</sup> Las participaciones preferentes (traducción de los términos ingleses *preference shares*) son un instrumento de financiación ampliamente utilizado en los mercados internacionales de capitales cuya denominación responde a que su dividendo es satisfecho con preferencia al de las acciones ordinarias.

Consecuentemente, las participaciones preferentes conceden a sus titulares el derecho de percibir un dividendo (de carácter fijo o variable, en este último caso generalmente referenciado al EURIBOR más un diferencial o margen de 0,25%) si bien su distribución está condicionada a la existencia de un beneficio partible suficiente (o, excepcionalmente, en caso de un déficit de recursos propios, a las limitaciones impuestas por la normativa de disciplina bancaria). Por el contrario, las participaciones preferentes no otorgan derechos políticos ni derechos de suscripción preferente.

En los últimos años, un volumen importante de participaciones preferentes ha sido emitido por sociedades (normalmente, anónimas, *Company Limited by Shares*) constituidas en paraísos fiscales (generalmente, las Islas Caimán) y filiales al 100% de entidades de crédito españolas. En estos casos, las sociedades emisoras se constituyen (y así consta

---

expresamente en los folletos de emisión) con la finalidad exclusiva de servir de vehículo de financiación a la entidad española mediante la emisión en los mercados de capitales de las participaciones preferentes. Aunque el emisor formal es el vehículo domiciliado en el paraíso fiscal, la emisión cuenta con la garantía de la entidad española, a la que se destinan los fondos obtenidos. Esto explica que, no obstante las elevadas cantidades emitidas (con frecuencia por encima de los 100 millones de euros), sea muy reducido el capital social del vehículo extraterritorial (en torno a los 10.000 dólares).

La relevancia cuantitativa de esta forma de inversión de cartera (se han manejado públicamente cifras en torno a 15.000 millones de euros en el periodo 1997-2003 si bien esta cantidad parece insuficiente a la luz de los datos de la *Coordinated Portfolio Investment Survey, CPIS*) radica en motivaciones esencialmente tributarias. Desde la perspectiva de los tomadores (generalmente clientes de la propia entidad que controla el vehículo emisor y garantiza la emisión), el éxito de las participaciones se justifica en buena medida por la opacidad proporcionada por el paraíso fiscal, acentuada por el hecho de que estos valores negociables acostumbran a emitirse al portador (posibilidad admitida por la legislación de Caimán, a la que se sujeta la emisión). Desde la perspectiva de las entidades de crédito españolas, se trata de una forma de financiación extremadamente conveniente, por cuanto se obtienen fondos a tipos reducidos, sin por ello otorgar poderes políticos y diluir la estructura de control de la sociedad. Los fondos captados por la sociedad extraterritorial<sup>301</sup> son 'prestados' a la matriz que, a vez, puede deducirse en el impuesto de sociedades los 'intereses' pagados. Con los 'intereses' satisfechos por la matriz, el vehículo *off-shore* abona los dividendos de los titulares de las participaciones preferentes, que están fiscalmente exentos en Caimán. En definitiva, mediante la utilización de la sociedad instrumental las cantidades satisfechas a los tenedores de las participaciones se transforman, a efectos de la legislación tributaria española, de dividendos en intereses deducibles.

<sup>302</sup> Aquéllas que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen detrás de todos los acreedores comunes (artículo 20.1.g) del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre).

---

Para considerarse recursos propios, las financiaciones subordinadas deberán cumplir las siguientes condiciones: (a) El plazo original de dichas financiaciones no será inferior a cinco años; si no hubiere sido fijada la fecha de su vencimiento, deberá estar estipulado para su retirada un preaviso de, al menos, cinco años. Tanto en uno como en otro caso, durante los cinco años anteriores a su fecha de vencimiento reducirán su cómputo como recursos propios a razón de un 20 % anual, hasta que su plazo remanente sea inferior a un año, momento en el que dejarán de computarse como tales. (b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada, sin perjuicio de que el Banco de España pueda autorizar al deudor el reembolso anticipado de financiaciones subordinadas si con ello no se ve afectada la solvencia de la entidad. (c) No podrán ser aportadas, o adquiridas posteriormente, por la propia entidad, por entidades del grupo consolidable o por otras entidades o personas con apoyo financiero de la entidad emisora o del grupo consolidable; no obstante, podrán ser convertibles en acciones, aportaciones o participaciones de la entidad emisora, o de entidades del grupo consolidable, y ser adquiridas con el exclusivo fin de su conversión. (d) En los contratos y folletos de emisión quedará patente la condición de financiación subordinada para los acreedores; el Banco de España verificará dichos contratos y folletos a fin de calificar su computabilidad como recursos propios (artículo 22.3 del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre).

Según Lagares, *"difícilmente el problema de los recursos propios puede ser abordado de un modo estable y permanente mediante la emisión de obligaciones subordinadas, una de las vías que hoy permite la legislación vigente en España y en otros países de la Comunidad para acrecentar los recursos propios. Ello es así no sólo porque el cómputo como recursos propios de estas obligaciones tiene límites cuantitativos importantes que las hacen poco operativas para las cajas de ahorros, incluso en el caso hipotético de que tales límites fueran ampliados en el futuro. El problema es más profundo porque las obligaciones subordinadas, por su propia naturaleza y duración, no pueden ser más que un sustitutivo limitado a los auténticos recursos propios de toda entidad"*. Lagares Calvo, Manuel, *Cajas de ahorros: los retos del futuro*, en PPE, número 36, 1988, página 172

<sup>303</sup> De los recursos propios se deducirán las pérdidas, así como cualesquiera activos que puedan disminuir la efectividad de dichos recursos para la cobertura de pérdidas (artículo

La exigencia legal de mantener un “volumen suficiente” de recursos propios (artículo 7.1 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo) se concreta en el “coeficiente de solvencia”, fijado reglamentariamente en el 8 por 100 del total de las exposiciones<sup>304</sup> de la entidad ponderadas por riesgo (artículo 17 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero).

El valor de las exposiciones ponderadas por el riesgo puede ser calculado por el método estándar (artículos 20 a 30 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, desarrollados en la sección primera del capítulo cuarto de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España) o, si lo autoriza expresamente el Banco de España, por el método basado en calificaciones internas (más conocido como método IRB, “internal rating-based”, artículos 31 a 36 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, desarrollados en la sección segunda del capítulo cuarto de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España)

El incumplimiento de los niveles mínimos de recursos propios determina para las entidades de crédito las siguientes consecuencias:

(1) La distribución de beneficios o excedentes líquidos queda sometida a previa autorización del Banco de España (artículo 11.1 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo).

---

7.1 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo). Para las deducciones de los recursos propios, véase el artículo 13 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero.

<sup>304</sup> Se entiende por “exposición” toda partida del activo, y toda partida incluida en las cuentas de orden de la entidad de crédito que incorpore riesgo de crédito (artículo 19 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero).

(2) El Banco de España podrá restringir o limitar los negocios, las operaciones o la red de las entidades (artículo 11.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo).

(3) La entidad de crédito queda sujeta a la potestad sancionadora, pues constituye infracción muy grave en materia de disciplina bancaria incurrir en insuficiente cobertura de los requerimientos de recursos propios mínimos, cuando éstos se sitúen por debajo del 80% del mínimo establecido con carácter obligatorio en función de los riesgos asumidos, permaneciendo en tal situación por un periodo de, al menos, seis meses (artículo 4.c) LDIEC).

4.1.3. Limitaciones a la actividad de las entidades de crédito por razones de solvencia. Límites a los grandes riesgos (artículo 63 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero)

Con objeto de evitar que la insolvencia o falta de liquidez de un cliente o grupo de clientes se comunique a la entidad de crédito, se imponen limitaciones en la asunción de grandes riesgos, entendiéndose por tales los contraídos frente a una misma persona, entidad o grupo económico, incluso el propio en la parte no consolidable, cuando su valor supere el 10 por 100 de los recursos propios de la entidad de crédito que concede la financiación o asume el riesgo.

Dos son las limitaciones fundamentales: (1ª) El valor de todos los riesgos contraídos con una sola persona, entidad grupo económico ajeno no podrá exceder del 25 por 100 de los recursos propios de la entidad de crédito.<sup>305</sup> (2ª) El conjunto de los grandes riesgos no podrá superar el 800 por 100 de los recursos propios de la entidad de crédito.

---

<sup>305</sup> El 20 por 100 si los riesgos se mantienen frente a personas o entidades no consolidables pero con los que exista una relación de control en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.



Estas limitaciones no serán aplicables en determinados casos que la norma considera de reducido riesgo, bien por la solvencia del deudor (prestatarios o emisores soberanos), bien por la naturaleza del activo (por ejemplo, riesgos garantizados con depósito en efectivo en la propia entidad acreedora).<sup>306</sup>

## **4.2. La protección de depositantes e inversores. Los Fondos de Garantía**

### **4.2.1. Introducción. Concepto.**

Los Fondos de Garantía de Depósitos son patrimonios dotados de personalidad jurídica que, aunque sometidos a una intensa supervisión pública, actúan en régimen de derecho privado con la finalidad de asegurar, con ciertos límites cuantitativos, los depósitos e inversiones en entidades de crédito, así como realizar cuantas actuaciones estimen necesarias para reforzar la solvencia y funcionamiento de las entidades, en defensa de los intereses de los depositantes e inversores y de los propios Fondos (v. artículo 1 del Real Decreto-ley 4/1980, de 28 de marzo, y artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre).<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Para una relación completa de excepciones, véase el artículo 64 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero.

<sup>307</sup> Los sistemas de garantía de depósitos constituyen un elemento esencial de los modernos sistemas de regulación bancarios, aunque su efecto global sobre la supervisión es discutido: *"Deposit insurance can be thought of as a measure to help regulatory authorities ensure the safety and soundness of the banking system, although the net effect of this factor is conceptually ambiguous. On the one hand, the existence of deposit insurance reduces the likelihood of systemic bank runs; and, because supervisory authorities are, in general, charged with protecting the deposit insurance system, its existence may enhance the quality of supervision, ceteris paribus, inasmuch as supervisors may more carefully examine banks in order to avoid being blamed for deposit insurance*

Como se ha señalado anteriormente, el sistema bancario, como efecto del descalce o “décalage” temporal entre pasivos (generalmente imposiciones a la vista o a plazos breves) y activos (operaciones de crédito a particulares o empresas), es extremadamente sensible a posibles crisis de confianza de los depositantes. Consecuentemente, las dificultades (reales o supuestas) de una determinada entidad de crédito pueden comunicarse al resto del sistema (riesgo sistémico<sup>308</sup>), de

---

*payouts when a bank fails. On the other hand, the existence of deposit insurance may reduce incentives for depositors to monitor bank safety and soundness, and may also encourage moral hazard behavior on the part of bankers.” Barth, James R., Dopico, Luis G., Nolle, Daniel E., y Wilcox, James A., An International Comparison and Assessment of the Structure of Bank Supervision, Auburn University, Office of the Comptroller of the Currency and University of California, Berkeley - Economic Analysis & Policy Group, Working Paper Series, abril de 2002, página 29.*

<sup>308</sup> *“Systemic risk in a very general sense is by no way a phenomenon limited to economics or the financial system. Maybe the most natural illustration of the concept is possible in the area of health and epidemic diseases. In severe cases (e.g. the Great Plague in the Middle Ages) widespread contamination with a disease may wipe out a significant portion of the population. In the area of economics it has been argued that systemic risk is a particular feature of financial systems. While contamination effects may also occur in other sector of the economy, the likelihood and severity in financial systems is often regarded as considerably higher. A full systemic crisis in the financial system may then have strong adverse consequences for the real economy and general economic welfare.” De Bandt, Olivier, y Hartmann, Philipp, Systemic Risk: a Survey, European Central Bank Working Paper Series, Working Paper No. 35, noviembre de 2000, página 10.*

El contagio puede extenderse, a través del sistema de pagos, a otras entidades: “...central banks seek to minimize systemic risk, that is, the risk that the failure of any payment system participant could result in other participants being unable to meet their obligations, leading to a potentially disastrous chain reaction of failures.” Hurley, John, *The challenges ahead*.

modo que instituciones sólidas desde el punto de vista patrimonial y de gestión (esto es, sin problemas de solvencia) incurran en una crisis de liquidez como resultado de la retirada desordenada de sus depósitos (pánico bancario).<sup>309</sup>

Esta vulnerabilidad estructural del sistema bancario<sup>310</sup> ha sido históricamente afrontada mediante una variedad de técnicas: vacaciones o feriados bancarios, coeficientes de caja<sup>311</sup>, facilidades de liquidez proporcionadas por el banco central

---

SEPA and NPIP, Discurso en la Conferencia Nacional de Pagos, Dublín, diciembre de 2006.

<sup>309</sup> *"Considerando que, para las entidades de crédito, el coste de participación en un sistema de garantía no es en absoluto comparable al que ocasionaría una retirada masiva de los depósitos bancarios, no sólo de una entidad en dificultades sino también de entidades saneadas, a raíz de una pérdida de confianza de los depositantes en la solidez del sistema bancario"* (Directiva 1994/19/CE, de 30 de mayo).

<sup>310</sup> *"Whether or not bank failures are more serious than other failures, individual banks are viewed as more susceptible to failure or more 'fragile' than other firms and the banking industry more susceptible to contagion than other industries. Banks are viewed as more fragile for three reasons (Kaufman 1996). They have (1) low capital-to-assets ratios (high leverage), which provides little room for losses; (2) low cash-to-assets ratios (fractional reserve banking), which may require the sale of earning assets to meet deposit obligations; and (3) high demand debt and short-term debt-to-total debt (deposits) ratios (high potential for a run), which may require hurried asset sales of opaque and non-liquid earning assets with potentially large fire-sale losses to pay off running depositors."* Kaufman, George G., Bank Failures, Systemic Risk and Bank Regulation, The Cato Journal, Vol. 16, No. 1. Las posiciones del autor son, no obstante, extremadamente críticas de las regulaciones de carácter prudencial existentes que, estima, producen el efecto de agravar el riesgo sistémico.

<sup>311</sup> *"El cumplimiento del coeficiente de caja exige a las entidades mantener activos líquidos en proporción a una parte de su pasivo, que denominamos computable a efectos de este*

actuando como prestamista de último recurso<sup>312</sup>, etcétera. En este contexto, se crean los Fondos de Garantía de Depósitos que, sin perjuicio de una finalidad tuitiva o protectora de los depositantes más modestos o menos informados<sup>313</sup>, cumplen la función adicional de reforzar la estabilidad del sistema bancario.<sup>314</sup>

---

*coeficiente, y que consiste básicamente en los depósitos y otras formas de captación de recursos en el mercado monetario y, en todo caso, cuando dichos pasivos sean activos del sector familias y empresas.”* Trujillo del Valle, José A., y Cuervo-Arango, Carlos, *El sistema financiero español. Flujos, mercados e intermediarios financieros*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, página 94.

Como señala Franch i Saguer, *“las autoridades monetarias, a raíz de la gran crisis de 1929, exigieron el cumplimiento de unos coeficientes que tendían a garantizar la solvencia y liquidez de las entidades bancarias. La razón de su nacimiento se encuentra en una tutela pública de la solvencia de dichas entidades.”* Franch i Saguer, Marta, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, página 280. No obstante, con posterioridad, el coeficiente de caja se convirtió en un importante instrumento de política monetaria.

<sup>312</sup> *“Bank crisis emerging from contagion could be stopped at an early stage at the individual bank level through emergency liquidity assistance – if identified in a timely manner –, whereas macro problems would normally be addressed through more standard stabilisation policies, such as open market operations.”* De Bandt, Olivier, y Hartmann, Philipp, *Systemic Risk: a Survey*, European Central Bank Working Paper Series, Working Paper No. 35, noviembre de 2000, página 6.

<sup>313</sup> *“El Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre, creo el Fondo de Garantía en Establecimientos bancarios con la finalidad primordial de proteger a los depositantes y, muy especialmente, a aquellos ahorradores modestos que no siempre pueden discernir con facilidad la situación de las Instituciones en que depositan sus fondos...”* (del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/1980, de 28 de marzo, por el que se dota de personalidad jurídica al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios).

- Más recientemente los Fondos han ampliado su alcance, pasando a proporcionar cobertura a los inversores respecto de los recursos dinerarios, valores y otros instrumentos financieros confiados a entidades de crédito para su depósito y administración o para la realización de algún servicio de inversión (Directiva

---

<sup>314</sup> Ciertamente, no es casual que el establecimiento en España de los Fondos se produjera en un contexto de aguda crisis del sistema crediticio: Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre (bancos), Real Decreto 2860/1980, de 4 de diciembre (cajas), Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre (cooperativas de crédito).

Sin embargo, desde el punto de vista teórico, los mecanismos de garantía de depósitos son discutidos en la medida en que incrementan el "riesgo moral", pues (1) reducirían los incentivos de los depositantes para analizar y tomar en consideración la "calidad" de la institución financiera a la que confían los fondos; (2) favorecerían la adopción de estrategias arriesgadas por parte de las entidades de crédito.

En este sentido, existe evidencia empírica de que los sistemas de garantía de depósitos no contribuyen ni siquiera a reforzar la estabilidad del sistema financiero: *"We find a very strong and robust link between the generosity of the deposit insurance system and bank fragility (Table 8). This is consistent with recent work by Demirgüç-Kunt and Detragiache (2000). Countries with more generous deposit insurance schemes have a much higher likelihood of suffering a major banking crisis. The positive relationship between the generosity of the deposit insurance regime and the likelihood of suffering a crisis is robust to alterations in the control variables as we show below. This result is consistent with the view that deposit insurance not only substantially aggravates moral hazard but also produces deleterious effects on bank fragility. The results, moreover, suggest that the adverse incentive effects from deposit insurance overwhelm any stabilizing effects"*. Barth, James R., Caprio, Gerard, y Levine, Ross, *Bank Regulation and Supervision: What Works Best?* Auburn University, Williams College and Brown University - Department of Economics, World Bank Policy Research Working Paper No. 2725, mayo de 2001, página 35.

97/9/CE, de 3 de marzo<sup>315</sup>). No obstante, esta segunda garantía se limita a la no restitución de los valores o instrumentos pertenecientes al inversor, no cubriendo pérdidas del valor de la inversión o cualquier riesgo de crédito (artículo 4.3 del Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, en adelante RFGD), por ser éstos consustanciales a la actividad inversora.

#### 4.2.2. Funciones

Además de su función inicial de estricta cobertura, los Fondos han ido asumiendo competencias en la gestión de las crisis bancarias e, incluso, en situaciones concursales.

##### (1) Garantía de depósitos e inversiones

Se trata, como es obvio, de la función esencial e institucional de los Fondos. No se ofrece, sin embargo, una cobertura absoluta, estableciéndose un límite

---

<sup>315</sup> Transpuesta al derecho interno español por la disposición adicional decimotercera de la Ley 37/1998, que reformó el Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre.

El sentido de la ampliación se encuentra en que las entidades de crédito están autorizadas a prestar servicios de inversión (artículo 65 LMV) por lo que deben quedar sometidas al mismo sistema de garantía que la Directiva 1997/9/CE establece para las empresas de servicios de inversión (ESIs, en el caso español, sociedades y agencias de valores y sociedades gestoras de carteras, artículo 64 LMV). Sin embargo, en lugar de exigir la incorporación de las entidades de crédito a los fondos de garantía de inversiones de las ESIs, se permite a los Estados Miembros ampliar el alcance de los fondos de garantía de depósitos previstos en la Directiva 1994/19/CE.

cuantitativo<sup>316</sup>, que se aplicará por depositante o inversor<sup>317</sup>, sea persona natural o jurídica y cualesquiera que sean el número y clase de depósitos de efectivo o de los valores e instrumentos financieros en que figure como titular en la misma entidad (artículo 7.1 RFGD).

Por otra parte, la cobertura del Fondo esta condicionada a una doble exigencia: (a) que se trate de depósitos o inversiones “garantizados” (artículo 4 RFGD) y (b) que se produzca “causa para la ejecución de la garantía” (artículo 8 RFGD).

A efectos de su cobertura por el Fondo, se considerarán (a) “depósitos garantizados” los saldos acreedores mantenidos en cuenta, incluidos los fondos procedentes de situaciones transitorias por operaciones de tráfico<sup>318</sup> y los certificados de depósito nominativos que la entidad de crédito tenga obligación de

---

<sup>316</sup> Inicialmente, 20.000 euros. La cifra ha sido elevada a 100.000 euros en el contexto de la actual crisis financiera (véase infra).

Véase, asimismo, artículo 7 Directiva 1994/19/CE, de 30 de mayo, y artículo 4 Directiva 1997/9/CE, de 3 de marzo. En el caso de depósitos nominados en otra divisa, su equivalente aplicando los tipos de cambio del día en que se produzca causa de ejecución de la garantía o al día anterior hábil cuando fuese festivo (artículo 7.1 RFGD).

<sup>317</sup> El importe garantizado a los inversores que hayan confiado a la entidad de crédito valores o instrumentos financieros será independiente del previsto para los depositantes. El valor de los instrumentos financieros garantizados se calculará con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7.1 RFGD.

<sup>318</sup> Se incluirán, en todo caso, los recursos dinerarios que se hayan confiado a la entidad para la realización de algún servicio de inversión, de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores, o que provengan de la prestación de dichos servicios o actividades.

restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, cualquiera que sea la moneda en que estén nominados y siempre que estén constituidos en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea<sup>319</sup> (artículo 4.1 RFGD) y (b) “valores

---

<sup>319</sup> Determinados depósitos quedan normativamente excluidos de la cobertura, si bien pueden distinguirse dos supuestos netamente diferentes:

1) Exclusión a priori. Se trata de depósitos que no son tenidos en cuenta para el cómputo de las aportaciones por estimar la norma que sus características (en particular, el carácter de profesional financiero del depositante) no justifican la cobertura del Fondo. A estos supuestos se refiere el artículo 4.4 RFGD: (a) Depósitos realizados por cuenta propia y en su propio nombre por entidades de crédito u otras instituciones financieras (sociedades y agencias de valores, entidades aseguradoras, sociedades de inversión mobiliaria, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de fondos de pensiones, de fondos de titulización o de capital-riesgo, sociedades gestoras de carteras, sociedades de capital riesgo y sus correspondientes sociedades gestoras, entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones, o, en general, cualquier entidad financiera sometida a supervisión prudencial). (b) Valores representativos de deuda emitidos por la entidad de crédito, incluso los pagarés y efectos negociables. (c) Certificados de depósito al portador, cesiones temporales de activos y financiaciones con cláusula de subordinación. (d) Depósitos constituidos por empresas pertenecientes al mismo grupo económico que la entidad de crédito. (e) Depósitos constituidos en la entidad por las Administraciones Públicas. (f) Depósitos constituidos por quienes ostenten cargos de administración o dirección en la entidad que origine la actuación del fondo y sus apoderados que dispongan de poderes generales de representación; por las personas que tengan una participación significativa en el capital de la entidad o una participación en empresas de su grupo económico; por el auditor responsable de los informes de auditoría, así como por aquellos depositantes que tengan las características antes citadas en las sociedades pertenecientes al grupo de la entidad de crédito y los cónyuges y familiares en primer grado de unos y otros.

2) Exclusión a posteriori. Se trata de depósitos no excluidos para el cálculo de las aportaciones pero que presentan irregularidades que no les hacen dignos de protección, lo



garantizados” los valores negociables e instrumentos financieros previstos en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, que hayan sido confiados a una entidad de crédito en España o en cualquier otro país, para su depósito o registro o para la realización de algún servicio de inversión<sup>320</sup>. Dentro de los valores garantizados se incluirán, en todo caso, los que hayan sido objeto de cesión temporal y sigan anotados o registrados en la entidad cedente (artículo 4.2 RFGD).

En cuanto a las causas para la ejecución de la garantía, los Fondos satisfarán a los titulares el importe garantizado cuando se produzca alguno de los siguientes

---

que justifica que el Fondo no los satisfaga. A estos supuestos se refiere el artículo 4.5 RFGD: (a) Depósitos constituidos con quebrantamiento de las disposiciones vigentes, en particular, los originados en operaciones en relación con las cuales haya habido una condena penal por delitos resultantes de operaciones de blanqueo de capitales. (b) Depósitos constituidos por clientes que hayan obtenido, a título personal, condiciones financieras que hayan contribuido a agravar la situación de la entidad, siempre que tal circunstancia haya sido determinada por sentencia firme. (c) Depósitos constituidos por personas que actúen por cuenta o en concierto con los anteriores, o en general, por cuenta de depositantes excluidos.

<sup>320</sup> Por el contrario, no gozarán de garantía los valores e instrumentos financieros confiados a la entidad de crédito para realizar servicios de inversión y actividades complementarias en territorios definidos como paraísos fiscales por la legislación vigente (Real Decreto 1080/1991) o en un país o territorio que carezca de órgano supervisor de los mercados de valores, o cuando, aun existiendo, se niegue a intercambiar información con la Comisión Nacional del Mercado de Valores (los países o territorios que se encuentran en este último supuesto serán especificados por el Ministro de Economía, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores). Tampoco gozarán de garantía los valores e instrumentos financieros confiados a sucursales de entidades de crédito españolas localizadas en países no comunitarios que dispongan de sistemas nacionales de indemnización de los inversores equivalentes a los españoles.

hechos: (a) Que la entidad haya sido declarada en estado de quiebra (tras la Ley Concursal, que se haya producido la apertura de la fase de liquidación del concurso). (b) Que se tenga judicialmente por solicitada la declaración de suspensión de pagos de la entidad (tras la Ley Concursal, la referencia debe entenderse hecha al concurso en que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación)<sup>321</sup>. (c) Que el Banco de España declare que la entidad de crédito, por razones directamente relacionadas con su situación financiera, se encuentra en la imposibilidad de restituir los depósitos o cumplir las obligaciones contraídas con los inversores.<sup>322</sup>

Los Fondos deberán estar en condiciones de satisfacer las reclamaciones debidamente comprobadas dentro de los tres meses<sup>323</sup> siguientes a la fecha de la

---

<sup>321</sup> Respecto de los inversores, los fondos satisfarán el importe garantizado tan solo si la situación concursal conlleva la suspensión de la restitución de los valores o instrumentos financieros. No procederá el pago si, dentro del plazo previsto para iniciar el reembolso, se levantara la suspensión (artículo 8.2.a) RFGD).

<sup>322</sup> Esta declaración del Banco de España exige, no obstante, la concurrencia de una serie de requisitos materiales y formales: (1) Desde el punto de vista sustantivo es imprescindible que se haya producido el impago de los depósitos vencidos y exigibles o la no devolución de valores o instrumentos financieros confiados a la entidad de crédito. (2) Procedimentalmente, se requiere audiencia tanto de la comisión gestora del fondo como de la entidad de crédito (artículo 84 de la Ley 30/1992, de 24 de noviembre). No procederá la declaración si la entidad se encuentra en situación concursal.

<sup>323</sup> Cuando los fondos prevean que no pueden efectuar los pagos en el plazo establecido, podrán solicitar sucesivamente al Banco de España la concesión de hasta tres prórrogas de plazos no superiores a tres meses cada uno, indicando las razones de la solicitud. El Banco de España podrá autorizarlas cuando aprecie que concurren motivos excepcionales que justifiquen el retraso, tales como el elevado número de depositantes o inversores, la existencia de cuentas en otros países o la constatación de dificultades extraordinarias,

decisión de la autoridad judicial o del Banco de España (artículo 9.1 RFGD). Por el mero hecho del pago de los importes garantizados, los Fondos se subrogarán, por ministerio de la Ley, en los derechos de los depositantes o inversores, hasta un importe equivalente al de los pagos realizados, siendo suficiente título el documento en que conste el pago (artículo 9.4 RFGD).

## (2) Otras actuaciones

Excepcionalmente, los Fondos podrán adoptar medidas preventivas y de saneamiento de las entidades de crédito en el marco de un plan de actuación aprobado por el Banco de España (artículo 10.1 RFGD).

No obstante, al adoptar estas medidas el Fondo tendrá en cuenta el coste financiero de las mismas a su cargo que se comparará con los desembolsos que hubiese tenido que realizar de optar, en el momento de la adopción del plan, por realizar en lugar de éste el pago de los importes garantizados (artículo 10.3 RFGD). O en otros términos, estas actuaciones del Fondo se orientan esencialmente a prevenir o minimizar el impacto que sobre su patrimonio puede derivarse de la situación de crisis de una entidad adscrita. Por ello, aunque con frecuencia se afirma que entre las funciones de los Fondos se encuentra el salvamento de entidades (el propio Preámbulo del RFGD señala que *“en nuestro país, los Fondos de garantía de depósitos se han caracterizado, tradicionalmente, por su doble finalidad de asegurar los depósitos y la del saneamiento y refluotamiento de entidades de crédito en dificultades”*), no se trataría propiamente de una finalidad institucional, sino de una medida de sana gestión orientada a reducir los costes económicos de una eventual insolvencia mediante una adecuada acción preventiva.

---

técnicas o jurídicas, para comprobar el saldo efectivo de los depósitos o valores garantizados o la procedencia de la indemnización.

El plan de actuación de la entidad en crisis, siempre que contenga ayudas de un Fondo de Garantía de Depósitos, podrá comprender las siguientes actuaciones: (a) Ayudas financieras, que podrán consistir en ayudas a fondo perdido, concesión de garantías, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, adquisición por el Fondo de activos dañados o no rentables que figuren en el balance de la entidad y cualesquiera otros apoyos financieros. (b) Reestructuración del capital de la entidad, que podrá conllevar, entre otras medidas, la adecuada aplicación de los recursos propios de la entidad para absorber sus pérdidas, atendiendo a la singularidad de cada caso; facilitar procesos de fusión o absorción con otras entidades de reconocida solvencia o el traspaso de su negocio a otra entidad de crédito; suscripción de ampliaciones de capital, y la adopción por los órganos correspondientes de la entidad afectada de todos aquellos acuerdos que aseguren la adecuada aplicación de las ayudas prestadas por el Fondo de Garantía de Depósitos respectivo. (c) Medidas de gestión que mejoren la organización y los sistemas de procedimiento y control interno de la entidad.

Las medidas de saneamiento deberán ir encaminadas a procurar la viabilidad de la entidad en un plazo razonable, a juicio del Fondo de Garantía de Depósitos, bien reforzando el patrimonio y solvencia de la misma, bien facilitando su fusión o absorción por otra de reconocida solvencia o el traspaso de su negocio a otra entidad de crédito.

Este régimen de saneamiento, aunque se mantiene vigente, ha de ponerse en conexión con las medidas de reestructuración ordenada bancaria aprobadas recientemente para hacer frente a la crisis financiera, y que examinaremos en el último apartado de este trabajo.

#### 4.2.3. Organización y funcionamiento

Los Fondos de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, cajas de ahorro y cooperativas de crédito serán regidos y administrados, respectivamente, por una comisión gestora integrada por ocho miembros nombrados por el Ministro de Economía y Hacienda, de los cuales cuatro lo serán en representación del Banco de España y cuatro en representación de las entidades de crédito adheridas a los Fondos (artículo 2.1 RFGD). A pesar de esta composición paritaria, la preponderancia del Banco de España viene asegurada por la previsión de que el Subgobernador ostentará la Presidencia de las Comisiones gestoras de cada uno de los Fondos (artículo 2.1 RFGD), gozando de voto de calidad (artículo 2.6 RFGD).<sup>324</sup>

La adscripción a los respectivos Fondos de Garantía de las entidades de crédito inscritas en los Registros Especiales del Banco de España correspondientes a bancos, cajas generales de ahorro popular y cooperativas de crédito, es obligatoria (artículo 5.1 RFGD)<sup>325</sup>. Por el contrario, aunque gozan de la consideración de

---

<sup>324</sup> Sin embargo, en garantía de los derechos de las entidades, se exige, como excepción, mayoría de dos tercios en dos casos: (a) para acordar la realización de derramas y (b) para adoptar medidas contenidas en un plan de actuación para cuya financiación no se contemple aportación alguna por parte del Banco de España (artículo 3.6 RFGD).

<sup>325</sup> En términos más taxativos el apartado primero de la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre: *“Todas las entidades de crédito españolas pertenecerán con carácter obligatorio, según su naturaleza jurídica, a un Fondo de Garantía de Depósitos...”*.

La adscripción de las sucursales de entidades de crédito no comunitarias es asimismo obligatoria cuando los depósitos o valores garantizados, constituidos o confiados a la sucursal, no estén cubiertos, total o parcialmente por un sistema de garantía en el país de origen (artículo 5.2 RFGD).

entidades de crédito (artículo 1.2.e) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio), no será aplicable a los establecimientos financieros de crédito la legislación sobre garantía de depósitos (apartado cuarto de la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre), exclusión que se justifica, como vimos anteriormente, en el hecho de que tienen legalmente prohibido *“captar fondos reembolsables del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos u otros análogos, cualquiera que sea su destino”* (apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril). De forma análoga, el Instituto de Crédito Oficial, a pesar de ser conceptuado como entidad de crédito (artículo 1.2.a) del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio), es eximido de la obligación de incorporarse al Fondo (apartado primero de la disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre) en la medida en que *“queda expresamente excluida como medio de financiación la captación de fondos mediante depósitos del público”* (disposición adicional sexta del mismo Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre).

La adscripción al Fondo determina la obligación de la entidad de crédito de cumplir con su régimen económico<sup>326</sup>, pudiendo distinguirse:

---

En relación con las sucursales de entidades de crédito comunitarias rige el principio de garantía por parte del país de origen, si bien se admite su adscripción voluntaria como garantía adicional o complementaria a los depositantes.

<sup>326</sup> El incumplimiento del régimen económico es causa de exclusión del Fondo (artículo 6.1 RFGD). La retirada de la cobertura, que deberá ser acordada por el Ministro de Economía, a propuesta del Banco de España, previa audiencia del interesado e informe de la comisión gestora, será comunicada a los depositantes a través del *Boletín Oficial del Estado* y de dos periódicos de ámbito nacional (artículo 6.3 RFGD).

(1) Aportaciones ordinarias: las aportaciones anuales de las entidades adscritas a los Fondos serán del 2 por 1.000 de los depósitos existentes al final del ejercicio a los que se extiende la garantía. A tal fin, la base de cálculo se integrará con los depósitos garantizados, más el 5 por 100 del valor de cotización del último día de negociación del año, en el mercado secundario correspondiente, de los valores garantizados, existentes al final del ejercicio. Cuando entre estos últimos figuren valores e instrumentos financieros no negociados en un mercado secundario, español o extranjero, su base de cálculo vendrá dada por su valor nominal o por el de reembolso, el que resulte más propio del tipo de valor o instrumento financiero de que se trate, salvo que se haya declarado o conste otro valor más significativo a efectos de su depósito o registro (artículo 3.2 RFGD). Cuando el patrimonio de un Fondo alcance una cuantía suficiente para el cumplimiento de sus fines, el Ministro de Economía, a propuesta del Banco de España, podrá acordar la disminución de las aportaciones anuales<sup>327</sup>. En todo caso, esas aportaciones se suspenderán cuando el fondo patrimonial no comprometido en operaciones propias del objeto de los Fondos iguale o supere el 1 por 100 de la base de cálculo de las aportaciones previstas (artículo 3.4 RFGD).

(2) Aportaciones extraordinarias o derramas: cuando el patrimonio de los Fondos alcance valores negativos, la Comisión Gestora podrá acordar la realización de derramas entre las entidades adscritas, que se distribuirán según la base de cálculo de las aportaciones, y cuyo importe total no podrá exceder de la cuantía necesaria para eliminar aquel déficit (artículo 3.5 RFGD).

Aunque con carácter general, la cobertura de las obligaciones frente a depositantes e inversores deberá realizarse mediante las aportaciones al Fondo de las entidades

---

<sup>327</sup> Así se ha hecho, efectivamente, mediante Órdenes del Ministro de Economía de 14 de febrero de 2002, que han fijado el importe de las aportaciones en el 1 por 1.000 para las cooperativas de crédito (Orden ECO/316/2002), el 0,4 por 1.000 para las cajas de ahorros (Orden ECO/317/2002) y el 0,6 por 1.000 para los bancos (ECO/318/2002).

adscritas, en situaciones de grave deterioro o crisis puede ser necesaria la inyección de capitales públicos. Por ello, se prevé que, excepcionalmente, y al efecto de salvaguardar la estabilidad del conjunto de las entidades adscritas, un Fondo podrá nutrirse con aportaciones del Banco de España, cuya cuantía se fijará por Ley (artículo 3.6 RFGD). Ello, lógicamente, sin perjuicio de la posible intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB, véase *infra*).

### **4.3. La protección del cliente bancario**

#### **4.3.1. Introducción**

La desregulación operada en las relaciones contractuales bancarias conlleva un cierto potencial de abuso, en la medida en que (1) las entidades de crédito detentan un significativo poder de mercado que les permite imponer unilateralmente condiciones desequilibradas en perjuicio del público y (2) los productos financieros han adquirido una gran complejidad, lo que puede suponer que los clientes (especialmente aquellos que no revisten características profesionales) contraten condiciones o asuman compromisos de cuyo alcance no son plenamente conscientes.

Por ello, además de la normativa que con carácter general protege al consumidor, se ha desarrollado en las últimas décadas una serie de mecanismos normativos e institucionales específicamente orientados a proteger al cliente bancario.

#### **4.3.2. Las normas de transparencia y protección de la clientela**

Se consideran normas de transparencia y protección de la clientela aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades financieras, y que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto



de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información (artículo 6.4 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, en adelante RCSF).

En esta materia, el artículo 48.2 LDIEC confiere al Ministro de Economía y Hacienda una amplia habilitación para que, sin perjuicio de la libertad de contratación, pueda establecer normas con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito. En uso de esta habilitación se dictó la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, norma que a su vez ha sido desarrollada por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España. En general, la normativa se inspira en el principio de “libertad informada”, desde la consideración de que *“una mejor información a la clientela sentará las bases de una mayor competencia entre las entidades”* (del Preámbulo de la Orden).

Las principales previsiones de la Orden son las siguientes<sup>328</sup>:

(1). Tipos de interés. Con carácter general, los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito serán los que libremente se pacten, cualesquiera que sean la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten (apartado primero)<sup>329</sup>. No obstante, las entidades

---

<sup>328</sup> Adicionalmente, se regulan las fechas de valoración (apartado cuarto), la liquidación de operaciones (octavo) y la publicidad (apartados décimo a decimocuarto).

<sup>329</sup> En la presente sección 5.3.2, todas las referencias deberán entenderse hechas a la Orden de 12 de diciembre de 1989, salvo que se indique otra cosa.

anunciarán (a) los tipos de interés preferenciales<sup>330</sup> que apliquen en cada momento para la contratación de sus operaciones crediticias, y (b) los tipos de interés para descubiertos en cuenta corriente y excedidos en cuenta de crédito, que serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuviesen fijados contractualmente tipos inferiores. En ambos casos, los tipos de interés se expresarán, cualquiera que sea su tipo nominal y forma de liquidación, en términos de coste efectivo equivalente de una operación con intereses anuales postpagables (apartado tercero).

(2) Comisiones. Nuevamente, las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente. No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos (apartado quinto).

---

<sup>330</sup> Se entenderá por tipo preferencial el tipo de interés que las entidades apliquen, en cada momento, a las operaciones realizadas en España, con sus clientes de mayor solvencia incluidos en el sector privado, denominadas en euros, cualquiera que sea su modalidad, a corto plazo y de importante cuantía. Se consideran de importante cuantía aquellos créditos cuyo principal supere 1.000.000 de euros, o el 5 por 100 de los recursos propios de la entidad. Se entenderán operaciones a corto plazo aquellas cuya duración original no sea superior a un año (norma primera de la Circular 8/1990).

(3) Formalización de las operaciones. Cuando lo solicite el cliente, las entidades de crédito deberán hacerle entrega del correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice su operación, suscrito, además de por el cliente, por persona con poder para obligar a la entidad. Dicha entrega será obligatoria, medie o no petición del cliente, en la apertura de cuenta corriente a la vista o cuenta de ahorro, así como en determinadas operaciones (préstamos y créditos, compraventas de activos financieros con pacto de retrocesión, depósitos a plazo o captación de fondos mediante pagarés o instrumentos similares, arrendamientos financieros, cesiones de activos no incorporados a valores negociables) cuando su importe sea inferior a 10 millones de pesetas (apartado séptimo).

(4) Contenido de la documentación contractual. Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos: (a) El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descuento, los precios efectivos inicial y final de la operación. (b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe. (c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. (d) Los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia entidad u otras de su grupo, o a la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con

antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación. (e) Los derechos del cliente en cuanto a posible reembolso anticipado de la operación (apartado séptimo).

Asimismo, la Orden prevé que el Banco de España mantendrá un Servicio de Reclamaciones encargado de recibir y tramitar las que, relativas a operaciones concretas que les afecten, pudieran formular los clientes de las entidades de crédito sobre actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios. Como veremos inmediatamente, tras la aprobación de la LF, este Servicio ha pasado a dar soporte administrativo y técnico a la nueva figura del Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios.

#### 4.3.3. La protección al cliente en las entidades financieras

El artículo 29.1 LF establece que *“las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión estarán obligadas a atender y resolver las quejas y reclamaciones que los usuarios de servicios financieros puedan presentar, relacionados con sus intereses y derechos legalmente reconocidos.”* El plazo establecido para la presentación de las reclamaciones, a contar desde la fecha en que el cliente tuviera conocimiento de los hechos causantes de la queja o reclamación, no podrá ser inferior a dos años (artículo 8.3.e) de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo)<sup>331</sup>. En todo caso, las entidades

---

<sup>331</sup> La Orden se dicta en virtud de la habilitación conferida por el artículo 31 LF (*“El Ministro de Economía establecerá los requisitos a respetar por el departamento o servicio de atención al cliente y el Defensor del Cliente, así como el procedimiento a que someta la resolución de las reclamaciones, pudiendo a tal fin exigir, en su caso, las adecuadas medidas de separación de sus integrantes de los restantes servicios comerciales u operativos de las entidades, someter a verificación administrativa su reglamento de funcionamiento o cualesquiera otras características del servicio, y exigir la inclusión, en una*

dispondrán de un plazo de dos meses, a contar desde la presentación de la queja o reclamación, para dictar un pronunciamiento (artículo 10.3).

Para el cumplimiento de este deber legal, se exige la aprobación por parte de las entidades de un Reglamento para la Defensa del Cliente (artículo 8.1), que regulará la actividad de un órgano técnico de constitución preceptiva (*"las entidades deberán disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente..."*, artículo 4.1), que puede ser complementado por un segundo de carácter meramente potestativo (*"las entidades podrán designar un defensor del cliente..."*, artículo 4.2):

(a) El departamento o servicio de atención al cliente se integra en la estructura organizativa propia de la entidad. Aunque se prevé que las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para separar el departamento o servicio de atención al cliente de los restantes servicios comerciales u operativos de la organización, de modo que se garantice que aquél tome de manera autónoma sus

---

*memoria anual de las entidades, de un resumen con los aspectos más destacables de la actuación del departamento o servicio de atención al cliente y el Defensor del Cliente durante el ejercicio que corresponda").*

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección sexta, RJCA 2006/217) declaró la nulidad de la Orden ECO/734/2004 exclusivamente en el extremo concerniente a la inclusión de las sociedades de correduría de seguros en su ámbito personal (artículo 2.1.f), en la medida en que suponía extralimitación de la habilitación reglamentaria (en idéntico sentido, Sentencia de la misma Sección de 11 de julio de 2006, RJCA 2006/712).

En esta sección 5.3.3, todas las referencias normativas se entenderán realizadas a esta norma, salvo que se indique otra cosa.

decisiones referentes al ámbito de su actividad y, asimismo, se eviten conflictos de interés (artículo 6.1), la virtualidad de esta previsión se antoja limitada, dada la inserción orgánica de la unidad en la entidad financiera.

(b) Por el contrario, en el caso del denominado “defensor del cliente”, su autonomía funcional (artículo 7.1), se ve en cierta medida reforzada por la exigencia normativa de que se trate de una persona o entidad de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero, ajena a la organización de la entidad o entidades a que presta sus servicios (artículo 7.2). La autonomía del “defensor” se verá acrecentada en aquellos supuestos en que su designación se efectúe conjuntamente con otras entidades (por ejemplo, en el seno de una asociación empresarial), de manera que aquél atienda y resuelva las reclamaciones de los clientes de todas ellas (artículo 4.2). Naturalmente, tampoco debe exagerarse la autonomía de los “defensores del cliente” en la medida en que su designación, al igual que la de los titulares de los departamentos o servicios de atención al cliente, corresponderá al consejo de administración u órgano equivalente de la entidad<sup>332</sup>, o a la dirección general de la sucursal, en el caso de entidades extranjeras (artículo 5.2).

Competerá al “defensor del cliente”: (1) Promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros. (2) Atender los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga el reglamento de funcionamiento. El “defensor” podrá conocer de determinados asuntos, por razón del fondo, la cuantía o cualquier otro criterio, en exclusividad o como segunda instancia del departamento o servicio de atención al cliente (artículo 8.3.c). La decisión será siempre motivada y contendrá unas conclusiones claras sobre la solicitud planteada en cada queja o reclamación,

---

<sup>332</sup> Tratándose del “defensor del cliente” la designación podrá ser, de conformidad con lo que dispongan los estatutos de cada entidad, posteriormente ratificada por la junta o asamblea general u órgano equivalente.

fundándose en las cláusulas contractuales, las normas aplicables de transparencia y protección de la clientela, así como las buenas prácticas y usos financieros (artículo 15.2). Las decisiones del “defensor del cliente” favorables al reclamante vincularán a la entidad. Esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de la tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa (artículo 7.3, reiterando lo establecido en el artículo 29.2 LF).

#### 4.3.4. Los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros

El artículo 22 LF crea tres denominados “Comisionados” (Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, Comisionado para la Defensa del Inversor y Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones) que tendrán por objeto proteger los derechos del usuario de servicios financieros (artículo 23 LF).

Los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros serán personas de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero, con, al menos, diez años de experiencia profesional, nombrados por el Ministro de Economía y Hacienda por un periodo no renovable de cinco años, oído el respectivo supervisor financiero (artículo 25 LF). Los Comisionados actuarán con independencia respecto de cualquier otro órgano administrativo, incluidos los órganos u organismos a los que estén adscritos, así como en relación a las entidades a que se refieren sus funciones, y con autonomía en cuanto a los criterios y directrices que deben aplicar en el ejercicio de sus funciones, y pondrán en conocimiento inmediato del órgano u organismo de supervisión al que estén adscritos cualquier actuación que menoscabe su independencia o limite sus facultades de actuación<sup>333</sup> (artículo 2.3 RCSF)<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> Curiosamente, a pesar de que el precepto comienza señalando que “los Comisionados actuarán con independencia respecto de cualquier otro órgano administrativo, *incluidos los órganos u organismos a los que estén adscritos...*”, no se contempla la posibilidad de que

Los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros desarrollarán las siguientes funciones<sup>335</sup>:

(1) Asesorar a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio (artículo 24.b) LF). A estos efectos, tendrán la consideración de “consultas” las solicitudes de asesoramiento e información relativas a cuestiones de interés general sobre los derechos de los usuarios de servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela, y sobre los cauces legales para su ejercicio, así como las que conciernen a los requisitos que la normativa vigente imponga a las actuaciones que el interesado pueda precisar, o sobre las características genéricas de los distintos tipos de procedimientos para hacerlos valer y órganos competentes para su conocimiento y resolución (artículo 1.3 RCSF).

---

las actuaciones que menoscaben la independencia del Comisionado o limiten sus facultades de actuación sean imputables al propio supervisor financiero, supuesto que a priori no puede calificarse de imposible (parece razonable suponer que un Comisionado que mantuviera criterios rigurosos en defensa de los clientes de servicios financieros chocaría, más temprano que tarde, con la autoridad supervisora). Por ello, parecería más racional que el amparo de los Comisionados frente a perturbaciones de su independencia se hubiera atribuido a la autoridad que acuerda su nombramiento (el Ministro de Economía y Hacienda), respecto del que, por otra parte, son más improbables los conflictos de intereses.

<sup>334</sup> Dictado en virtud de la habilitación conferida al Gobierno por el artículo 25.4 LF.

<sup>335</sup> Para la relación completa de competencias y funciones de los Comisionados, véase el artículo 4 RCSF.



(2) Atender las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas<sup>336</sup> y usos financieros (artículo 24.a) LF). Se considerarán (a) “quejas” las referidas al funcionamiento de los servicios financieros prestados a los usuarios por las entidades financieras y presentadas por las tardanzas, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación que se observe en su funcionamiento, y (b) “reclamaciones” las presentadas por los usuarios de servicios financieros que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos por incumplimiento de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros (artículo 1.3 RCSF).

Aunque la legitimación se concibe en términos amplios (artículo 6 RCSF)<sup>337</sup>, la admisibilidad de la queja o reclamación se condiciona a la concurrencia de un doble requisito<sup>338</sup>:

---

<sup>336</sup> Tienen la consideración de buenas prácticas aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros (artículo 6.4 RCSF).

<sup>337</sup> Podrán presentar consultas, quejas o reclamaciones: (1) Todas las personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar conforme a derecho, españolas o extranjeras, que estén debidamente identificadas, en su condición de usuarios de servicios financieros, y siempre que se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros, o se trate de una consulta sobre sus derechos en materia de transparencia y protección de la clientela y cauces legales existentes para su ejercicio. (2)

(1) Que la queja o reclamación no se encuentre pendiente de resolución o litigio ante órganos administrativos, arbitrales o jurisdiccionales (artículo 7.3.c) RCSF), por cuanto los Comisionados no podrán conocer de consultas, quejas o reclamaciones cuando tengan conocimiento de que el asunto a que se refieran se encuentre o haya sido sometido a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial (artículo 5.1 RCSF). Cuando se tuviera conocimiento de la tramitación simultánea de quejas o reclamaciones y de un procedimiento administrativo, arbitral o judicial sobre la misma materia, deberá abstenerse de tramitar la primera, y se decretará sin más el archivo del expediente, previa comunicación al interesado (artículo 10.3 RCSF).

(2) Acreditar haber formulado previamente la queja o reclamación al departamento o servicio de atención al cliente de la entidad o, en su caso al defensor del cliente (artículo 8.1 RCSF).<sup>339</sup> La apertura de expediente exigirá que

---

Los inversores institucionales cuando actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, partícipes o inversores, los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos, así como los partícipes y beneficiarios de planes de pensiones. (3) Las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que afecten a un determinado cliente y acrediten su representación, y, en el caso de intereses colectivos, siempre que éstos resulten afectados y aquéllas estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos establecidos en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

<sup>338</sup> Para las causas de inadmisión de las quejas o reclamaciones, véase el artículo 10 RCSF.

<sup>339</sup> Como excepción, no será preciso para la admisión y tramitación de quejas o reclamaciones ante el Comisionado para la defensa del cliente de servicios financieros

hubiera transcurrido el plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación sin que hubiera sido resuelta o hubiera sido denegada la admisión de la reclamación o desestimada la petición (artículo 30 LF). En ningún caso, podrá alegarse motivo distinto del aducido en la reclamación previa ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente, salvo que se refiera a hechos relacionados que se hubieran producido con posterioridad a su sustanciación (artículo 7.3.c) RCSF).

Se trata, en consecuencia, de un régimen ciertamente riguroso, lo que unido a la previsión de que *“la interposición de las quejas o reclamaciones formuladas al amparo de este reglamento no paralizará la resolución y tramitación de los correspondientes procedimientos ni suspenderá o interrumpirá los plazos establecidos para el ejercicio de acciones o derechos que, de conformidad con la normativa reguladora, puedan ejercitar quienes figuren en ellos como interesados”* (artículo 7.6, reiterado en el artículo 11.1 RCSF), plantea serias dudas respecto de la eficacia y, en ultimo término, la utilidad para los usuarios de servicios financieros, del procedimiento ante los Comisionados tal como ha sido regulado en el RCSF.

El expediente deberá concluir con un informe en el plazo máximo de cuatro meses<sup>340</sup>, desde la fecha de presentación de las quejas o reclamaciones en los

---

correspondiente acreditar haberlas formulado previamente al departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, al defensor del cliente, cuando tengan por objeto la demora o incumplimiento de una decisión que sea favorable al cliente (artículo 8.4 RCSF).

<sup>340</sup> La falta de emisión del informe en dicho plazo no implicará la aceptación del motivo de las quejas o reclamaciones. Transcurrido el plazo sin haberse emitido informe final, se comunicará al interesado esta circunstancia, sin perjuicio de la obligación de concluir el expediente dirigiéndose en todo caso por escrito al reclamante expresando su criterio mediante el informe correspondiente (artículo 12.2 RCSF).

servicios de reclamaciones o unidades equivalentes adscritas al Comisionado al que corresponda atenderlas (artículo 12.1 RCSF).

El informe, que será motivado, deberá contener unas conclusiones claras en las que se haga constar si de lo actuado se desprende quebrantamiento de normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros. En todo caso, el informe final deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones que planteen las quejas o reclamaciones (artículo 12.3 RCSF). Ello no obstante, la eficacia del informe es limitada por cuanto:

(1) No es competencia de los Comisionados decidir ni pronunciarse sobre los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación, incluso sancionable, de las entidades sometidas a supervisión, ni facilitar valoración económica alguna (artículo 5.3 RCSF).

(2) La terminación del expediente en el informe final del comisionado tendrá carácter informativo (artículo 12.6 RCSF). En ningún caso, el informe que ponga término a las quejas o reclamaciones tendrá carácter vinculante para el reclamante ni para la entidad a que se refiera, sin perjuicio de remitir a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento de las normas de transparencia y protección de la clientela con arreglo a lo establecido en el artículo 24.a) LF (artículo 5.4 RCSF).

¿Cuál es, en consecuencia, la naturaleza jurídica de los “informes” de los Comisionados? En este punto, debe traerse a colación la previsión del artículo 5.1 RCSF conforme al cual las actuaciones o informes de los Comisionados no tendrán la consideración de actos administrativos, por lo que no serán susceptibles de

recurso alguno (en idéntico sentido, el artículo 12.6 RCSF)<sup>341</sup>. Se trata, no obstante, de una disposición problemática, por un número de motivos: (1º) Los “informes” son emitidos por órganos, los Comisionados, cuyo carácter administrativo es indudable, como resulta tanto de su adscripción orgánica a entidades de derecho público como son los supervisores financieros (artículo 22 LF), como de la aplicabilidad a los mismos de las causas de abstención y recusación de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas (artículo 2.3 RCSF)<sup>342</sup>. (2º) Los “informes” se emiten tras un “procedimiento” (así lo denominan tanto la LF, artículo 30, como el RCSF, artículo 7) instruido por los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros, cuya naturaleza jurídico pública es, debe reiterarse, indiscutible<sup>343</sup>. (3º) Aunque ciertamente, por expresa previsión normativa, los “informes” de los Comisionados no son vinculantes (artículo 5.4 RCSF), ello no supone necesariamente que debe negárseles el carácter de actos administrativos, pues, en la medida en que contienen una declaración de juicio o conocimiento, encajan sin

---

<sup>341</sup> La inadmisibilidad del recurso se reitera en el artículo 5.2 RCSF: *“Las actuaciones a que den lugar las quejas o reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros no podrán ser objeto de recurso, con independencia de los que pudieran proceder en los procedimientos gubernativos, arbitrales o judiciales con los que estuvieran relacionadas dichas quejas o reclamaciones o que pudieran resultar de ellas, asegurando en todo caso el pleno respeto a la potestad del órgano administrativo, de arbitraje o jurisdiccional. Por ello, las quejas o reclamaciones que se formulen no podrán tampoco afectar a los posibles procedimientos gubernativos, arbitrales o jurisdiccionales en curso.”*

<sup>342</sup> Aunque no es un argumento decisivo, el propio RCSF parece partir de ello al señalar que “los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros actuarán con independencia respecto de cualquier otro órgano administrativo...” (artículo 2.3 RCSF).

<sup>343</sup> El Banco de España es una entidad de derecho público (artículo 1.1 LBE), al igual que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 14.1 LMV). La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones es un centro directivo del Ministerio de Economía y Hacienda.

violencia lógica en la categoría de los informes no vinculantes (artículo 83.1 LRJPAC). En cuanto a su recurribilidad, es indudable que, con carácter general, los informes no son susceptibles de recurso. Sin embargo, su normal irrecurribilidad no deriva de una previsión legal específica sino de su naturaleza ordinaria de actos de mero trámite, por lo que, concurriendo alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 107.1 LRJPAC (que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos) no cabe negar, al menos con carácter general, la vía de recurso. En el caso de los “informes” de los Comisionados, en la medida en que ponen término a un procedimiento específico (esto es, respecto del “procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de las quejas o reclamaciones”, artículos 7 a 15 RCSF, no son propiamente actos de trámite sino de resolución), creo que no puede negárseles el acceso al recurso mediante una norma de rango meramente reglamentario como es el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, máxime teniendo en cuenta que, de acuerdo con el propio RCSF, las reclamaciones de los usuarios de servicios financieros de que conocen los Comisionados ponen de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos por incumplimiento de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros (artículo 1.3 RCSF).

#### 4.3.5. A modo de conclusión

Ciertamente, la atribución de competencias en este ámbito a órganos funcionalmente autónomos puede considerarse un cierto avance, en la medida en que, como se ha argumentado convincentemente, los supervisores financieros, dada su misión institucional de proteger la solvencia de las entidades supervisadas, son susceptibles de incurrir en conflictos de intereses al asumir la protección del

cliente de servicios financieros. Sin embargo, la configuración que tanto la LF como el RCSF hacen de la figura de los Comisionados adolece de una serie de limitaciones: (1ª) Los Comisionados nacen estrechamente ligados a los supervisores financieros, a los que quedan orgánicamente adscritos, de tal manera que su ámbito competencial viene determinado por el de éstos<sup>344</sup>. Consecuentemente, la pluralidad de autoridades supervisoras se traduce en una pluralidad de Comisionados, que resulta de difícil justificación. Desde la perspectiva de una actuación eficaz, parecería más razonable la opción de un único Comisionado con competencias en relación con todos los servicios financieros (a la manera del “Financial Ombudsman Service” británico), separado nítidamente de los supervisores ordinarios. (2ª) Los Comisionados carecen de una estructura administrativa propia, siéndoles adscritos los preexistentes servicios de reclamaciones de las instituciones supervisoras (artículo 27 LF)<sup>345</sup>. Dado que tales

---

<sup>344</sup> La pluralidad de “comisionados” puede dar lugar al solapamiento de competencias: *“Cuando una queja, reclamación o consulta corresponda, por razón de su contenido, al ámbito de competencia de dos o más comisionados, el expediente se tramitará por aquel que hubiera conocido primero de la reclamación, y si esta circunstancia no se puede determinar, por el que se decida en turno de reparto por acuerdo entre ellos en consideración a la cooperación que, con la finalidad de amonizar y mejorar las prácticas que utilicen en el ejercicio de sus funciones, establezcan para la prestación de la asistencia que pudieran recabarse en el eficaz ejercicio de sus competencias. En estos casos, el comisionado al que corresponda tramitar el expediente solicitará informe a los otros comisionados sobre los asuntos que correspondan a sus ámbitos de competencias, integrando tales informes en el informe final que se dicte”* (artículo 1.2 RCSF).

<sup>345</sup> *“El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones adscribirán a su respectivo Comisionado para la Defensa del Cliente de los Servicios Financieros sus Servicios de Reclamaciones o unidades administrativas equivalentes, para la realización de las funciones técnicas que dicho Comisionado tiene encomendadas, dando el soporte administrativo y técnico para la tramitación de consultas y reclamaciones”* (artículo 27 LF).

servicios, creados por los supervisores financieros e integrados orgánicamente en los mismos, tendrán a su cargo todas las actuaciones de tramitación y propuesta (artículo 4.2 RCSF)<sup>346</sup>, las posibilidades de una conducta independiente de los Comisionados parecen quedar seriamente condicionadas. (3ª) Las competencias atribuidas a los Comisionados son extremadamente limitadas, siendo calificados expresamente como *“órganos carentes de funciones ejecutivas y ejecutorias”* (artículo 5.1 RCSF) que deben limitarse a *“remitir a los servicios de supervisión correspondientes aquellos expedientes en los que se aprecien indicios de incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela”* (artículo 24.a) LF).

En definitiva, la actual regulación de los grandilocuentemente denominados “Comisionados” puede calificarse como una ocasión perdida para haber emancipado la protección del cliente de servicios financieros de la tutela de las autoridades supervisoras que, a pesar del evidente conflicto de intereses, continúan reteniendo las competencias sancionadores en materia de transparencia y protección de la clientela de las propias entidades de cuya solvencia son responsables.

---

<sup>346</sup> *“Los servicios de reclamaciones o unidades administrativas equivalentes adscritos al respectivo Comisionado para la defensa del cliente de servicios financieros, en su función de soporte administrativo y técnico, tendrán a su cargo la tramitación de las quejas o reclamaciones y consultas, y les corresponde recibir los escritos, reclamar las actuaciones relacionadas con éstos, instruir los expedientes, cumplimentar y dar traslado de las actuaciones, cursar todas las comunicaciones y, en general, los actos de trámite en los expedientes, así como redactar, en su caso, las propuestas de informe de conclusión de los expedientes”.*



#### **4.4. La protección de la integridad de las entidades de crédito. La prevención del blanqueo de capitales<sup>347</sup>**

##### **4.4.1. Las normas de prevención<sup>348</sup>**

<sup>347</sup> El derecho comunitario, siguiendo las orientaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), ha equiparado la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: *“la utilización fraudulenta del sistema financiero a fin de canalizar el producto de actividades delictivas o incluso de actividades lícitas para fines terroristas plantea riesgos evidentes para la integridad, el funcionamiento, la reputación y la estabilidad del sistema financiero. Por consiguiente, las medidas preventivas de la presente Directiva deben ampliarse no sólo a la manipulación de fondos procedentes de actividades delictivas, sino también a la recogida de fondos o bienes para fines terroristas”* (considerando octavo de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, o Tercera Directiva). En el derecho español, al no haberse procedido aún a la transposición de la Tercera Directiva, la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo se encuentran en sedes normativas distintas (respectivamente, Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo). No obstante, la Ley 12/2003 establece obligaciones idénticas a las de la Ley 19/1993 (incluso por remisión directa a esta última), por lo que, sin perjuicio de analizar detalladamente esta cuestión más adelante, las referencias hechas al blanqueo de capitales en este capítulo deben entenderse extensivas a la financiación del terrorismo.

<sup>348</sup> En el derecho español, la norma esencial de prevención del blanqueo de capitales es Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (LPBC), extensamente modificada por la Ley 19/2003, de 4 de julio. El Reglamento de la Ley (RPBC) fue aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, habiéndose operado una amplia reforma por Real Decreto 54/2005, de 21 de enero. Existen, asimismo, disposiciones de rango subordinado como las Órdenes Ministeriales EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado, EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el

El blanqueo<sup>349</sup> de capitales puede ser definido<sup>350</sup> como el conjunto de mecanismos o procedimientos<sup>351</sup> orientados a dar apariencia<sup>352</sup> de legitimidad o legalidad a fondos, bienes o activos<sup>353</sup> de procedencia delictiva<sup>354</sup>.

---

ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior, y EHA/2444/2007, de 31 de julio, reguladora del informe de experto externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales.

La normativa española trae causa del derecho comunitario: Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio (Primera Directiva comunitaria), reformada por Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre (Segunda Directiva comunitaria). Aún no ha sido objeto de transposición el derecho interno la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre (Tercera Directiva comunitaria), para la que se han dictado disposiciones de aplicación por Directiva 2006/70/CE, de 1 de agosto (Directiva de la Comisión o de "comitología").

En el ámbito internacional, aunque existen algunos instrumentos de derecho público internacional (como la Convención de Viena de 1989 o la Convención de Palermo de 2000), el núcleo lo constituyen las denominadas Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), que no obstante no constituir verdaderas normas jurídicas (responderían a lo que se ha venido en calificar como *soft law*), han inspirado la práctica totalidad de las legislaciones estatales. También son significativas a este respecto las orientaciones de organismos como el Fondo Monetario Internacional, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea o, incluso, foros de carácter privado como el denominado Grupo Wolfsberg.

<sup>349</sup> Ciertamente, aunque expresivo, el término carece de rigor técnico. Si bien se han propuesto doctrinalmente otros (como legitimación, normalización o conversión), en el derecho comparado se han impuesto las expresiones "blanqueo de capitales" ("*blanchiment des capitaux*") y "lavado de dinero" ("*money laundering*"). Como excepción, en el derecho italiano se utiliza el término "reciclaje".

<sup>350</sup> La definición legal de blanqueo de capitales, se encuentra en el artículo 1.2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales: *"A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de la participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado."* Esta definición procede de la Convención de Viena de 19 de diciembre de 1988, vía la Primera Directiva comunitaria (Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio).

<sup>351</sup> Desde el punto de vista operativo, es común identificar tres fases o etapas del proceso de blanqueo de capitales: (1) una primera de colocación o inserción en el sistema financiero o en el tráfico económico (por ejemplo, mediante repetidos ingresos de reducida cuantía realizados por una pluralidad de personas); (2) una segunda etapa de diversificación, en la que se ejecutan una serie de transacciones u operaciones orientadas a borrar el tracto de los bienes, dificultando la detección de su origen ilícito; y (3) una tercera fase de reintegración o regreso de los bienes una vez blanqueados al patrimonio del delincuente para su uso y disfrute por éste.

<sup>352</sup> Evidentemente, se trata de una legitimación puramente aparente, por lo que, demostrado el delito, puede declararse el comiso.

<sup>353</sup> Los bienes susceptibles de ser blanqueados son definidos en términos extraordinariamente amplios: *"todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos"* (artículo 3.3 de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre).

Este fenómeno, sin perjuicio de su represión penal (artículo 301 CP)<sup>355</sup> ha sido objeto en décadas recientes<sup>356</sup> de creciente atención desde una perspectiva

---

<sup>354</sup> Como veremos detalladamente más adelante, el concepto de blanqueo de capitales, aunque con ciertos precedentes remotos, nace modernamente vinculado a la lucha contra el tráfico de drogas. Su primera tipificación se produce en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena de 19 de diciembre de 1988). Sin embargo, aunque la Primera Directiva comunitaria de prevención del blanqueo de capitales (Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio) va a limitar su alcance a las actividades delictivas definidas en el artículo 3.1.a) de la Convención de Viena, lo hará permitiendo que los Estados miembros amplíen a otros delitos el concepto de actividad delictiva subyacente (artículo 1). Esta será, precisamente, la opción de la legislación española de prevención que, al trasponer la Directiva, incluirá no sólo el tráfico de drogas, sino también las actividades criminales organizadas y las de bandas armadas y organizaciones terroristas (artículo 1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, en su redacción original).

Esta tendencia a la ampliación del elenco de delitos subyacentes al blanqueo de capitales se ha confirmado plenamente en los últimos años con la reforma de las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) y la Tercera Directiva comunitaria de prevención (Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, artículo 3.5). Véase infra.

<sup>355</sup> La tipificación específica del blanqueo de capitales viene exigida tanto por la Convención de Viena de 1989 (artículo 3) como por las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI).

<sup>356</sup> Aunque la normativa de prevención es reciente, el blanqueo de capitales, como fenómeno económico es ciertamente antiguo: "(...) *the money laundering process is a process that has been used for centuries in various manifestations. In a sense, entwined with the development of the concept of legal title to property was the development of various processes to hide that property from third parties that sought to deprive the individual of*

preventiva, lo que se ha traducido en la imposición a determinadas actividades económicas, especialmente financieras, de deberes de cuidado de particular intensidad.

Efectivamente, hasta fechas próximas, las entidades financieras quedaban sometidas en sus relaciones con la Justicia a normas análogas a las de los restantes ciudadanos, estando únicamente obligados a denunciar, en los términos de la legislación de enjuiciamiento criminal, los hechos delictivos flagrantes de que tuvieran conocimiento. Sin embargo, este deber general se mostraba claramente insuficiente en el contexto de una criminalidad financiera de complejidad creciente, que planteaba riesgos sociales evidentes. Surge así, una normativa de naturaleza preventiva que arranca de la Convención de Viena de 1989 y que, en la actualidad, inspira las legislaciones de todos los Estados de la OCDE.<sup>357</sup>

---

*his/her assets namely the tax collector. History is in fact replete with various systems that have allowed individuals to execute financial transactions in confidence and secrecy."* Hinterseer, Kris, *Criminal Finance. The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Context*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2002, página 23.

<sup>357</sup> La normativa de prevención del blanqueo de capitales está altamente integrada a nivel internacional. A diferencia de otros ámbitos financieros, en los que se ha tratado de establecer estándares que aproximarán los regímenes nacionales existentes (cabe citar a este respecto, por ejemplo, las orientaciones del Comité de Basilea, o con una naturaleza distinta, dado su carácter supranacional, el proceso comunitario de coordinación bancaria), en relación con la prevención del blanqueo de capitales, el proceso ha sido inverso: con anterioridad a la aprobación de las Recomendaciones del GAFI, las legislaciones nacionales en la materia eran, con la excepción de los Estados Unidos a partir de la promulgación de la *Bank Secrecy Act*, prácticamente inexistentes. O en otros términos, la prevención del blanqueo de capitales no ha avanzado como un proceso de coordinación de legislaciones nacionales (proceso down-top), sino de generación multilateral de estándares internacionales que han inspirado a su vez las regulaciones estatales (proceso top-down). Como consecuencia de ello, la prevención del blanqueo de capitales ha avanzado a

Así concebida, la legislación de prevención del blanqueo de capitales cumple una doble función:

(1) En primer lugar, una función de heterotutela o externa al sistema financiero y económico: auxiliar a las autoridades policiales y judiciales<sup>358</sup> en la detección y represión de la criminalidad financiera, y, por extensión, de la criminalidad subyacente (en la medida en que privando de rentabilidad al delito se desincentiva éste)<sup>359</sup>. Desde esta perspectiva la prevención del blanqueo de

---

impulso de las sucesivas revisiones de las 40 Recomendaciones, lo que ha dado lugar a un marco regulatorio relativamente homogéneo. Este papel decisivo del GAFI es reconocido en términos sumamente expresivos por el propio derecho comunitario: *“Toda medida adoptada por la Comunidad a este respecto debe ser compatible con las que se emprendan en otros foros internacionales. En particular la actuación comunitaria debe seguir atendiendo a las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), principal organismo internacional en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Toda vez que las Recomendaciones del GAFI se revisaron y ampliaron sustancialmente en 2003, la presente Directiva debe ajustarse a esa nueva norma internacional”* (considerando quinto de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre). Obsérvese que, a pesar de que los estándares del GAFI no son formalmente sino “recomendaciones”, la propia Directiva estima que “debe ajustarse” a las mismas.

<sup>358</sup> La Primera Directiva destaca este papel auxiliar o colaborador del sistema financiero pues, tras señalar que *“el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”* (considerando cuarto), subraya que *“la estrategia de lucha contra el blanqueo de capitales no debe limitarse al enfoque penal, ya que el sistema financiero puede desempeñar una función sumamente eficaz”* (considerando quinto de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio).

<sup>359</sup> *“Considerando que el blanqueo de capitales influye de manera manifiesta en el aumento de la delincuencia organizada en general, y del tráfico de estupefacientes en particular; que*

capitales se configura como una “carga pública” impuesta por razones de interés general a aquellas personas y entidades que ejercen actividades económicas o profesionales particularmente vulnerables<sup>360</sup>. Es, en los expresivos términos utilizados en el mundo anglosajón, “*the cost of doing business*”.

(2) En segundo lugar, una función de autotutela o interna del sistema financiero y económico: preservar la propia reputación de los sujetos obligados, o más generalmente, del conjunto del sistema, previniendo su vinculación con

---

*la creciente toma de conciencia de la necesidad de combatir el blanqueo de capitales constituye uno de los medios más eficaces para combatir este tipo de actividad delictiva, que representa una amenaza especial para las sociedades de los Estados miembros*” (considerando tercero de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio).

<sup>360</sup> La íntima vinculación con el sistema de justicia penal constituye una nota caracterizadora de la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Por ello, aunque se trata de legislación financiera, no forma parte de las normas de “ordenación y disciplina”, con la importante consecuencia de que no resultan aplicables los principios de coordinación bancaria y, en particular, el control de cumplimiento por parte del supervisor de origen.

Esta naturaleza “territorial” de la legislación de prevención se consagra expresamente en el artículo 2.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, al señalar que se considerarán sujetos obligados “las personas o entidades extranjeras que, a través de sucursales o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza”. Esta aplicación territorial, al no tener carácter discriminatorio, resulta conforme al derecho comunitario, dado que, como señala Mestre Delgado, “*la idea central de la regulación comunitaria en la materia (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) es, una vez más, impedir la discriminación basada en el dato de la nacionalidad*”. Mestre Delgado, Juan Francisco, *Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea*, Derecho Privado y Constitución, número 11, enero-diciembre de 1997, página 131.

esquemas o elementos delictivos<sup>361</sup>. Surge así, como vimos, el concepto de “riesgo-reputación”, definido por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea<sup>362</sup> como la posibilidad de que publicidad negativa relativa a las prácticas comerciales de la entidad cause una pérdida de confianza del público en la integridad de la misma.<sup>363</sup>

#### 4.4.2. Las obligaciones de prevención

---

<sup>361</sup> *“Considerando que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas (denominado en lo sucesivo ‘blanqueo de capitales’) puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público”* (considerando primero de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio).

<sup>362</sup> Comité de Supervisión Bancaria (BIS), *Customer Due Diligence for Banks*, Basilea, 2001.

<sup>363</sup> *“A lo largo del estudio, se afirmó con frecuencia que el mayor temor de la Alta Dirección recaía en los daños que podía sufrir la reputación de la empresa y la propia marca. También cabe decir, sin embargo, que a menudo no se decía qué se entendía por ‘riesgo reputacional’ o ‘riesgo de marca’, y a veces eso era intencionado, en aras de la coherencia. En algunos casos se proporcionó más consistencia a una potencial definición. Los perjuicios se producían, en cualquier caso, cuando el comportamiento de la empresa era considerado impropio por los grupos de interés, bien sean éstos los órganos reguladores, los clientes, los diversos operadores del mercado o, en algunos casos, el público en general. Una institución financiera lo describía del siguiente modo: ‘(...) más amplio que el riesgo regulatorio, es el riesgo de cualquier actividad que pueda tener un efecto en la reputación de la empresa. No tiene por qué ser de naturaleza jurídica”. Scott, Jeremy, y Ilako, Charles, *Proteger la marca. Evolución de la función de cumplimiento y retos para la próxima década*, PricewaterhouseCoopers, 2006, página 16.*



Los deberes u obligaciones impuestos a los sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo de capitales presentan las siguientes notas caracterizadoras:

(1) En primer lugar, se trata de obligaciones de carácter profesional, vinculadas al ejercicio de determinadas actividades económicas que, con fundamento en evidencias operativas<sup>364</sup>, se estiman particularmente susceptibles o vulnerables al blanqueo de capitales<sup>365</sup>. Aunque inicialmente la normativa se centró exclusivamente en las entidades de crédito y las instituciones financieras (la Primera Directiva comunitaria se limitó expresamente a “la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales”), la evolución de los estándares internacionales (40 Recomendaciones) y del derecho comunitario (especialmente a partir de la Tercera Directiva) ha conducido a la ampliación del elenco de sujetos obligados<sup>366</sup>, que, en la actualidad incluye, con ciertas

---

<sup>364</sup> El Grupo de Acción Financiera (GAFI) publica periódicamente “informes de tipologías” con las tendencias observadas por los expertos operativos.

<sup>365</sup> Como excepción, son de carácter general, vinculando a toda persona física o jurídica, las obligaciones de declaración de movimientos de medios de pago (Reglamento CE 1889/2005, de 26 de octubre, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, y artículos 2.4 y 3.9 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales).

<sup>366</sup> *“La tendance observée en France, comme à l'étranger, est donc l'élargissement progressif de la liste des professions concernées. Il faut toutefois remarquer que cette extension est modulée selon le type de métiers. Ainsi, seules les professions financières (banques, assurance, marchés financiers, changeurs manuels) son assujetties a la l'ensemble des obligations, alors que les autres professions ne sont soumises qu'à la seule déclaration de soupçon”.* Montebourg, Arnaud (rapporteur), *La lutte contre le blanchiment des capitaux en France : un combat à poursuivre*, Les documents d'information de l'Assemblée Nationale, París, 2002, Volumen 1, página 15.

limitaciones, actividades de carácter no financiero<sup>367</sup> como la intermediación inmobiliaria o las profesiones jurídicas.<sup>368</sup>

(2) En segundo lugar, las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales se configuran como deberes de naturaleza formal (o de riesgo o peligro abstracto, si se prefiere), lo que supone que pueden ser incumplidas aun cuando no exista, o no pueda identificarse, un delito sustantivo de blanqueo de capitales. En consecuencia, los sujetos obligados deben exigir la preceptiva identificación de sus clientes,

---

<sup>367</sup> *"Given the understandable focus of money laundering countermeasures on banks and other financial and credit institutions, it was inevitable that launderers would increasingly seek to utilize non-financial business and professions in an effort to avoid detection".* Gilmore, William, *Dirty money: the evolution of money laundering countermeasures*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1999, página 159.

<sup>368</sup> Indudablemente, la inclusión entre los sujetos obligados de "los profesionales independientes del Derecho" (artículo 2.3.b) de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre), ha sido altamente conflictiva, en cuanto podía entrar en colisión con el derecho de defensa, valor de rango constitucional en todos los Estados miembros de la Unión. En este sentido, Córdoba Roda: *"El secreto profesional es una garantía esencial para el ejercicio de la abogacía y en consecuencia para la Justicia, que comporta tanto la prohibición de revelar el secreto, como la prohibición de obligar al abogado a dicha relevación. Por ello la Normativa de Blanqueo de Capitales es censurable. En primer lugar porque dicta una regulación que introduce modificaciones en la normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. Y, en segundo lugar, por la razón de que la observancia de las disposiciones de dicha normativa puede nada menos que conducir a la comisión de hechos constitutivos de delito, como son la revelación por el abogado de un secreto y la eventual conducta del funcionario que obligue a dicho profesional a tal revelación."* Córdoba Roda, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Cuadernos de Crítica Jurídica, número 1, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, página 51.

examinar con especial atención aquella operativa inusual u objetivamente irregular, comunicar ciertas operaciones a la Unidad de Inteligencia Financiera... con independencia de que concurra o no criminalidad subyacente.

(3) Finalmente, se trata de obligaciones de naturaleza administrativa, cuyo incumplimiento debe ser depurado en vía gubernativa mediante la imposición de las correspondientes sanciones<sup>369</sup>, sin perjuicio naturalmente de la posibilidad de recurso del interesado ante los Tribunales contencioso-administrativos. Esta normativa, dado su carácter horizontal (pues son sujetos obligados tanto entidades financieras como no financieras) es actuada por un órgano especializado, no integrado propiamente en la Administración crediticia, sino en la económica: la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias<sup>370</sup>, órgano colegiado, adscrito a la Secretaría de Estado de Economía, en el que se integran las distintas instituciones con responsabilidades e intereses en la materia<sup>371</sup>.

Analizadas las notas caracterizadoras de las obligaciones de prevención, procede ahora un breve análisis de las mismas:

(a) La identificación de clientes

---

<sup>369</sup> Artículos 8 y 9 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre.

<sup>370</sup> La Comisión lleva a cabo su cometido con el apoyo de dos órganos: (1) la Secretaría, responsable de la normativa y de la instrucción de los procedimientos sancionadores (v. artículo 15.1 LPBC), y (2) el Servicio Ejecutivo o SEPBLAC, autoridad de supervisión (artículo 3.7 LPBC) y Unidad de Inteligencia Financiera española (v. artículo 15.2 LPBC).

<sup>371</sup> Para su composición, véase el artículo 20 LPBC.

La identificación de clientes es una obligación compleja, que comprende (1º) su identificación formal, o exigencia de documentos oficiales de identificación, (2º) su identificación material o conocimiento del cliente y (3º) la identificación del titular real en los supuestos de actuación por cuenta de terceros.

De conformidad con el artículo 3.1 LPBC, los sujetos obligados deberán exigir, mediante la presentación de documento acreditativo<sup>372</sup>, la identificación de sus clientes en el momento de entablar relaciones de negocio, así como de cuantas personas pretendan efectuar cualesquiera operaciones, salvo aquellas que queden exceptuadas reglamentariamente.<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> Qué deba entenderse por documento acreditativo de la identidad se concreta en el artículo 3 RPBC:

(1) Cuando el cliente sea persona física deberá presentar Documento Nacional de Identidad, permiso de residencia expedido por el Ministerio de Interior, pasaporte o documento de identificación válido en el país de procedencia que incorpore fotografía de su titular, todo ello sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF) o el número de identificación de extranjeros (NIE).

(2) Las personas jurídicas deberán presentar documento fehaciente acreditativo de su denominación, forma jurídica, domicilio y objeto social, sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF).

<sup>373</sup> Reglamentariamente se establecen dos excepciones fundamentales:

(1) Cuando el cliente sea una institución financiera domiciliada en el ámbito de la Unión Europea o en aquellos terceros Estados que, por establecer requisitos equivalentes a los de la legislación española, determine la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias (artículo 4.1 RPBC). Esta excepción que viene impuesta por el derecho comunitario (artículo 3.9 de la Directiva 91/308/CE) se justifica por

La identificación formal supone, en consecuencia, la prohibición de mantener relaciones de negocio con desconocimiento de la identidad del cliente y, en particular, la apertura o mantenimiento de cuentas o libretas anónimas.<sup>374</sup>

En este punto resulta claro que la identificación del cliente es el pilar básico sobre el que descansa todo el régimen de prevención del blanqueo de capitales. Ciertamente, sin su cabal cumplimiento por parte de los sujetos obligados resultan impracticables deberes esenciales de prevención tales como el análisis especial de operaciones (artículo 3.2 LPBC en relación con el artículo 5 RPBC) o la abstención de su ejecución (artículo 3.5 LPBC en relación con el artículo 9 RPBC). En

---

hallarse las instituciones financieras sometidas a un especial régimen de control, lo que las convierte en clientes especialmente confiables.

En este punto, el derecho comunitario no resuelve una cuestión fundamental: en qué medida la excepción es únicamente aplicable a las operaciones que las instituciones financieras realicen por cuenta propia, o debe también extenderse a las operaciones por cuenta de terceros (clientes).

(2) Cuando se trate de operaciones con clientes no habituales cuyo importe no supere los 3.000 euros o su contravalor en divisas. En este caso, la excepción se justifica por la escasa cuantía de las operaciones, que en principio deben reputarse de riesgo menor.

<sup>374</sup> El derecho comunitario es tajante en este punto: *“Los Estados miembros prohibirán a sus entidades de crédito y financieras mantener cuentas anónimas o libretas de ahorro anónimas. (...) Los Estados miembros exigirán, sin excepciones de ningún tipo, que los titulares y beneficiarios de cuentas anónimas o libretas de ahorro anónimas, queden sujetos cuanto antes a las medidas de diligencia debida con respecto al cliente y, en cualquier caso, antes de que se haga uso alguno de dichas cuentas o libretas de ahorro”* (artículo 6 de la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre).

definitiva, cualquier actividad posterior de prevención está subordinada o condicionada a un adecuado conocimiento del cliente que principia, como es obvio, por la exigencia de los documentos acreditativos de su identidad.

La identificación formal del cliente ha de completarse con su identificación material, también conocida como “política de conocimiento del cliente” (*know your customer, KYC*). En este sentido, establece el artículo 3.5 LPBC que los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial. Asimismo, adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información.

El sentido de esta obligación se encuentra en proporcionar a la entidad la información necesaria para generar un perfil operativo del cliente, de modo que (1) se adopten medidas consistentes con los riesgos que puedan derivarse de su actividad y (2) sean detectadas aquellas operaciones que no se correspondan con el perfil operativo (esto es, con el conocimiento que la entidad tiene del cliente). Analicemos separadamente ambos puntos.

En relación con el primero, resulta evidente que las distintas categorías de clientes implican riesgos diversos para las entidades financieras. Este principio se aplica tradicionalmente en las operaciones activas, pues el riesgo de crédito de la entidad prestamista vendrá dado, no sólo por las características de la operación, sino asimismo por la solvencia del deudor, esto es, por su capacidad para hacer frente al repago o cumplimiento de los compromisos financieros asumidos (o en otros términos, desde la perspectiva bancaria pueden asumirse riesgos de mayor cuantía con clientes que gozan de una elevada solvencia). En el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, este principio de adopción de medidas consistentes con el nivel de riesgo es asimismo aplicable. Efectivamente, los riesgos asociados a la operativa con personas físicas de ingresos medios y recurrentes (paradigmáticamente, asalariados), son reducidos para la entidad financiera. Por el

contrario, existen otras categorías de clientes que, por razón de su lugar de residencia (en principio deben reputarse de mayor riesgo los clientes no residentes, dada la mayor dificultad para obtener información fiable sobre sus actividades), por su sector de negocio (existen entornos empresariales o profesionales que son más vulnerables al blanqueo de capitales)<sup>375</sup>, o por otros factores, pueden suponer para la entidad riesgos superiores al promedio. En estos casos, no se trata tanto de criminalizar a enteras categorías profesionales o mercantiles, o de negar el acceso a los servicios financieros o bancarios, como de adoptar ciertas precauciones o medidas reforzadas (fundamentalmente, la obtención de información adicional procedente del cliente o de fuentes terceras e independientes)<sup>376</sup> que permitan a la

---

<sup>375</sup> *"There is no universal consensus as to which customers pose a higher risk, but the below listed characteristics of customers have been identified with potentially higher money laundering risk: Armament manufacturers, dealers and intermediaries. Cash (and cash equivalent) intensive businesses including: money services businesses (remittance houses, exchange houses, casas de cambio, bureaux de change, money transfer agents and bank note traders), casinos, betting and other gambling related activities, or businesses that while not normally cash intensive, generate substantial amounts of cash for certain transactions. Unregulated charities and other unregulated 'not for profit' organizations (especially those operating on a 'cross-border' basis). Dealers in high value or precious goods (e.g. jewel, gem and precious metals dealers, art and antique dealers and auction houses, estate agents and real estate brokers)..."*. Grupo Wolfsberg, *Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks*, Wolfsberg, 2002, página 5.

<sup>376</sup> Esta es, precisamente, la opción del RPBC que dispone que las medidas consistirán en el establecimiento y aplicación de procedimientos de verificación de las actividades declaradas por los clientes. Dichos procedimientos tendrán en cuenta el diferente nivel de riesgo y se basarán en la obtención de los clientes de documentos que guarden relación con la actividad declarada o en la obtención de información sobre ella ajena al propio cliente (artículo 3.5 RPBC).

entidad alcanzar la razonable confianza de que está operando con clientes no involucrados en actividades ilícitas.<sup>377</sup>

En relación con el segundo punto, la identificación material del cliente permite establecer un perfil transaccional, esto es, una operativa normal o usual asociada a la concreta actividad profesional o empresarial. Así, determinadas transacciones, no obstante ser en principio perfectamente lícitas, pueden no corresponderse con la operativa “típica” o “esperable” de un determinado cliente a la luz del conocimiento que del mismo tiene la entidad financiera<sup>378</sup>. A título meramente ejemplificativo, el ingreso de importantes cuantías en efectivo y su posterior remisión por transferencia a un paraíso fiscal no son operaciones que deban ser calificadas en principio como delictivas, y en algunas empresas mercantiles pueden encontrarse plenamente justificadas. Sin embargo, si el cliente figura en los archivos de la entidad con una actividad profesional o empresarial que no justifique ingresos significativos en efectivo o transacciones con centros extraterritoriales, resulta evidente que la operativa observada no se corresponde con el perfil normal del

---

<sup>377</sup> *“Bank policy will be to prevent the use of its worldwide operations for criminal purposes. The bank will endeavor to accept only those clients whose source of wealth and funds can be reasonably established to be legitimate.”* Grupo Wolfsberg, *Global Anti-Money-Laundering Guidelines for Private Banking*, Wolfsberg, 2002, página 1.

<sup>378</sup> *“...unusually high levels of assets or unusually large transactions compared to what might reasonably be expected of customers with a similar profile may mean that customers not otherwise seen as higher risk should be treated as such. Conversely, low levels of assets or low value transactions involving customers that would otherwise appear to be higher risk mean that a financial institution may decide to treat such customers as lower risk within an overall risk based approach.”* Grupo Wolfsberg, *Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks*, Wolfsberg, 2002, página 3.



cliente<sup>379</sup> (esto es, con la operativa que *usualmente* sería propia de esa categoría de cliente), lo que ha de motivar que la entidad desarrolle una actividad adicional de análisis o examen especial (como veremos inmediatamente).

Finalmente, es exigible la identificación del titular real de la operación, en la medida en que es este último quien puede suponer riesgos de reputación para la entidad. A este respecto, de conformidad con el artículo 3.1 LPBC, cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan. Asimismo, si el cliente fuera una persona jurídica los sujetos obligados adoptarán medidas razonables al efecto de determinar su estructura accionarial o de control (artículo 3.4 RPBC).<sup>380</sup>

(b) El examen especial de operaciones

El artículo 3.2 LPBC dispone que los sujetos obligados deberán examinar con especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que, por

---

<sup>379</sup> *"Banks should not only establish the identity of their customers, but should also monitor account activity to determine those transactions that do not conform with the normal or expected transactions for that type of customer or type or account."* Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Customer Due Diligence for Banks*, Basilea, 2001, página 5.

<sup>380</sup> *"Money launderers are known to use 'front companies', i.e., business enterprises that appear legitimate and engage in legitimate business but are, in fact, controlled by criminals. These front companies co-mingle the illicit funds with legitimate funds in order to hide the ill-gotten proceeds."* Schott, Paul Allan, *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, Banco Mundial, Washington, 2003, página II-6.

su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales.<sup>381</sup> En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación compleja, inusual o que no tenga un propósito económico o lícito aparente, reseñando por escrito los resultados del examen.

Así concebido, el deber de examen comprende dos tipos de transacciones<sup>382</sup>: (1º) Operaciones sospechosas (criterio subjetivo), esto es, aquellas que presentan indicios de vinculación con el blanqueo de capitales<sup>383</sup>, y (2º) operaciones inusuales (criterio objetivo)<sup>384</sup>, esto es, aquellas que se apartan de la operativa “normal”, bien por razón del cliente (operaciones que no se corresponden con su perfil o historial

---

<sup>381</sup> Concordante con el artículo 5 de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio (Primera Directiva). La Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre (Tercera Directiva) establece que *“los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva que otorguen especial atención a cualquier actividad que, por su naturaleza, consideren particularmente probable que esté relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y, en particular, las transacciones complejas, o de un importe extraordinariamente elevado, así como toda pauta de transacción no habitual que no presente un propósito económico aparente o visiblemente lícito”* (artículo 20).

<sup>382</sup> Resulta impracticable que los sujetos obligados sometan a examen especial *la totalidad* de su operativa, debiendo centrarse, por el contrario, en aquellas transacciones que presenten *prima facie* elementos específicos de riesgo.

<sup>383</sup> Naturalmente, no es exigible la concurrencia de indicios respecto de delitos *específicamente* determinados, dada la dificultad del sujeto obligado de identificar la concreta actividad delictiva subyacente.

<sup>384</sup> Se trata de una categoría introducida por la Ley 19/2003, de 4 de julio.

operativo<sup>385</sup>), bien por carecer de lógica económica o jurídica (excesiva complejidad, carácter antieconómico<sup>386</sup>).

En ambos casos, el deber legal impuesto a los sujetos obligados no es el de comunicar la operación, sino el de desarrollar una labor de examen o análisis que permita confirmar o excluir la potencial vinculación de la operación con esquemas de blanqueo de capitales. En consecuencia, el examen especial se configura como un proceso de análisis estructurado que permite corroborar o descartar los elementos de riesgo detectados en una determinada transacción. En este contexto, puede ponerse de manifiesto, en particular, la insuficiencia de la información inicial disponible sobre el cliente o sobre otros elementos de la operación (transacciones vinculadas, contrapartes, localización geográfica, medios de pago, instituciones intervinientes, etcétera).

---

<sup>385</sup> El artículo 5.2 RPBC establece que en la relación de operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales, se incluirán, en todo caso, los supuestos en que la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se corresponda con su actividad o antecedentes operativos.

<sup>386</sup> Con carácter general, debe presumirse que los clientes tratarán de maximizar su utilidad financiera (aumentando su rentabilidad en las operaciones pasivas y reduciendo los costes en las operaciones activas). Sin embargo, en los esquemas de blanqueo de capitales resulta más relevante la opacidad, pasando a ocupar la rentabilidad un lugar secundario. Consecuentemente, constituye un elemento de riesgo que puede justificar el examen especial la indiferencia del cliente hacia los costes de la operación (por ejemplo, ordenando trámites o transacciones, no estrictamente necesarias, que acarreen las consiguientes comisiones o suplidos) o la adopción de decisiones financieras sin lógica económica (por ejemplo, el rescate anticipado con penalización de instrumentos de inversión como primas únicas).

El proceso de examen especial supone, en definitiva, la obtención de la información necesaria para formular un juicio técnico que permita adoptar una de las siguientes decisiones respecto de la operativa de riesgo detectada: (1ª) proceder al archivo, si de la información obtenida resulta la licitud o regularidad de la operación, (2ª) someter la operativa del cliente a seguimiento<sup>387</sup>, si no pueden excluirse los elementos de riesgo concurrentes, o (3ª) comunicar la operación al Servicio Ejecutivo si el examen confirma el carácter sospechoso u objetivamente irregular de la operación.

(c) Conservación de documentos

El artículo 3.3 LPBC impone a los sujetos obligados el deber de conservar durante un período mínimo de cinco años<sup>388</sup> los documentos que acrediten adecuadamente la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos que las hubieran realizado o que hubieran entablado relaciones de negocio con la entidad.

En este punto, debe subrayarse que el puntual cumplimiento por parte de las entidades de la obligación de identificación de sus clientes debe verse acompañada de la adecuada conservación de los documentos. Este deber de custodia se

---

<sup>387</sup> La Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre (Tercera Directiva) exige, en el contexto del proceso de debida diligencia, *"la aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las transacciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga la entidad o persona del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido en su caso, el origen de los fondos, y garantizar que los documentos, datos o información de que se disponga están actualizados"* (artículo 8.1.d).

<sup>388</sup> Ampliado a seis años por el RPBC (artículo 6.1).

configura asimismo como una pieza fundamental del sistema por dos razones relacionadas entre sí:

En primer lugar, la documentación de conservación preceptiva, esto es, tanto la relativa a la identificación del cliente como la acreditativa de sus relaciones de negocio con la entidad, puede resultar indispensable en una investigación judicial o policial relacionada con el blanqueo de capitales.

En segundo lugar, la adecuada conservación por la entidad de los referidos documentos es la única vía a través de la cual las autoridades pueden verificar el cumplimiento de la obligación de identificación. Ciertamente, debe presumirse que al exigir la identificación de los clientes la Ley se propuso establecer una obligación efectiva, no ilusoria o impracticable.

(d) Comunicación de operaciones

Los mecanismos normativos e institucionales de prevención del blanqueo de capitales se orientan primordialmente a proporcionar información a las autoridades respecto de actividades potencialmente ilícitas. En este contexto, los sujetos obligados<sup>389</sup> quedan sometidos al deber de comunicar al Servicio Ejecutivo, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o

---

<sup>389</sup> Se exceptúan de la obligación de comunicación los auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica a favor de su cliente, o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procedimientos administrativos o judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procedimientos.

certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales (artículo 3.4.a) LPBC), así como cualquier circunstancia relacionada con dichos hechos u operaciones que se produzca con posterioridad (artículo 7.1 RPBC). Como se ha señalado anteriormente, la comunicación de operativa sospechosa será consecuencia de la imposibilidad, en el previo proceso de examen especial, de excluir o descartar los elementos de riesgos presentes en la operación. Al suponer el cumplimiento de un deber legal, la comunicación de buena fe no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad (artículo 4 LPBC).

En íntima conexión con la obligación de comunicación de operaciones se encuentran: (1) el deber de abstenerse de ejecutar la operación en tanto no se efectúe la comunicación (artículo 3.5 LPBC)<sup>390</sup>, y (2) la prohibición de revelar al cliente o a terceros que se han transmitido informaciones al Servicio Ejecutivo o que se está examinando la operación (artículo 3.6 LPBC).

De naturaleza distinta a la comunicación de operativa sospechosa es la obligación de comunicación sistemática (o declaración mensual obligatoria, DMO) establecida, al amparo de la habilitación del artículo 3.4 LPBC<sup>391</sup>, en el artículo 7.2 RPBC.

---

<sup>390</sup> Si bien cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de la operación, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo efectuando la comunicación inmediatamente después de la ejecución (artículo 9.2 RPBC).

<sup>391</sup> *"Reglamentariamente se determinarán aquellos supuestos o transacciones específicas que deban ser objeto de comunicación al Servicio Ejecutivo en todo caso".*

En primer lugar, la DMO es una obligación de carácter objetivo que supone la comunicación de todas las operaciones en efectivo<sup>392</sup> o con paraísos fiscales<sup>393</sup> por importe superior a 30.000 euros. Como revela patentemente el empleo de la aposición *“en todo caso”* tanto por el artículo 3.4 LPBC como por el artículo 7.2 RPBC, los sujetos obligados deben comunicar todas aquellas operaciones que reúnan las circunstancias determinadas reglamentariamente, con independencia de que en las indicadas operaciones concurren indicios o certeza de blanqueo de capitales. Más aún, de conformidad con el último párrafo del artículo 7.2 RPBC, antes citado, *“en los casos en que cualquiera de las operaciones incluidas en el presente apartado presente indicios o certeza de estar relacionada con el blanqueo de capitales se estará a lo dispuesto en el apartado 1 anterior”*. En consecuencia, la DMO no sólo es independiente de la concurrencia de indicios o certeza de blanqueo de capitales sino incompatible con los mismos, pues de concurrir los referidos indicios o certeza procederá la comunicación de la operación como *“sospechosa”* (artículo 7.1 RPBC).

En segundo lugar, la DMO es una obligación de naturaleza periódica o de cumplimiento sucesivo, que debe verificarse necesariamente dentro de los primeros 15 días de cada mes natural. En este sentido, la disposición transitoria única del RPBC establece que *“...las comunicaciones al Servicio Ejecutivo que hayan de efectuar en todo caso los sujetos obligados en cumplimiento del artículo 7.2 tendrán carácter mensual (...). Dichas comunicaciones se remitirán al Servicio Ejecutivo entre los días 1 y 15 de cada mes y las mismas incluirán la relación de las*

---

<sup>392</sup> Operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de las que sean objeto de abono o cargo en la cuenta de un cliente, por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera (el umbral se reduce a 3.000 euros en el caso de los establecimientos de cambio de moneda).

<sup>393</sup> Por remisión del Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, al Real Decreto 1080/1991.

*operaciones efectuadas durante el mes inmediatamente anterior*". En consecuencia, habiendo intermediado en transacciones que reúnan los parámetros establecidos en el artículo 7.2, la entidad debe, necesariamente con anterioridad al decimosexto día del mes siguiente, bien comunicar las mismas al Servicio Ejecutivo, bien excepcionar a los clientes intervinientes por conocer suficientemente la licitud de sus actividades, de conformidad con lo prevenido en el artículo 7.3 RPBC.

(e) Establecimiento de procedimientos internos de control

El artículo 3.7 LPBC dispone que los sujetos obligados quedarán sometidos a la obligación de *"establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales."*

Esta obligación, junto con la formación del personal (artículo 3.8 LPBC), tiene carácter fundamental dada la orientación eminentemente preventiva de la Ley. Efectivamente, con la finalidad de evitar la implicación de los sujetos obligados en esquemas de blanqueo de capitales, éstos deben adoptar medidas de carácter organizativo o estructural que les permitan el cumplimiento de las exigencias derivadas de la normativa de prevención, de forma que se asegure que su articulación responda a los principios de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación tanto en la transmisión interna como en el análisis y comunicación al Servicio Ejecutivo de la información relevante a los efectos de la normativa sobre prevención de blanqueo de capitales (artículo 11.1 RPBC).

Nuestra normativa (artículo 3.7 LPBC en relación con 11 RPBC), siguiendo en este punto lo establecido por el Derecho comunitario (artículo 11 de la Primera



Directiva<sup>394</sup>), exige que tales medidas sean “adecuadas” a las características y perfil de riesgo de la entidad. El recurso a tal concepto jurídico indeterminado<sup>395</sup> encuentra su fundamento en la extrema variabilidad de los sujetos obligados: resultaría impracticable lógica y técnicamente diseñar procedimientos de prevención del blanqueo de capitales que, simultáneamente, resultaran apropiados para las entidades de crédito (sujetos obligados de conformidad con el artículo 2.1 LPBC) y para los marchantes de arte o anticuarios (ídem, artículo 2.2 RPBC). En consecuencia, el juicio o análisis sobre la adecuación o inadecuación de los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales ha de hacerse necesariamente en relación con cada concreta entidad, atendiendo a factores tales como su estructura, dimensión o sector de negocio. A este respecto, es fundamental la labor del Servicio Ejecutivo como órgano legalmente competente para supervisar la idoneidad de los procedimientos y órganos de control interno y

---

<sup>394</sup> Artículo 11.1.a) de la Directiva 91/308/CEE, modificada por la Directiva 2001/97/CE: *“Los Estados miembros velarán por que las entidades, instituciones y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva establezcan procedimientos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales.”*

<sup>395</sup> El empleo de “conceptos jurídicos indeterminados” es una técnica legislativa perfectamente legítima. Así ha declarado el Tribunal Constitucional que *“no vulnera la exigencia de lex certa la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”* (Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre). En sentido idéntico, el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados es *“no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”* (Sentencia de 15 de diciembre de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

de comunicación de los sujetos obligados, y proponer, en su caso, las medidas correctoras oportunas (artículo 3.7 LPBC en relación con el artículo 15.2 LPBC).

En este punto, es conveniente destacar que la ejecución de las medidas correctoras dictadas por el Servicio Ejecutivo es imperativa para las entidades supervisadas, según resulta de lo dispuesto en el artículo 3.7 LPBC en relación con el artículo 5.2 LPBC, precepto este último que califica expresamente como infracción grave “*la no adopción de medidas correctoras propuestas por el Servicio Ejecutivo*”. En definitiva, a pesar de que la práctica haya acuñado el término “recomendaciones”, no nos hallamos ante meros ruegos, admoniciones o consejos de implantación potestativa por los sujetos obligados sino ante auténticos deberes jurídicos cuyo incumplimiento determina la infracción tipificada en el artículo 5.2 LPBC.

#### 4.4.3. La nueva legislación de prevención

La normativa de prevención del blanqueo de capitales se presenta, sin duda, como uno de los más acabados ejemplos de lo que Carl Schmitt denominó “legislación motorizada” (“*motorisierte Gesetzgebung*”)<sup>396</sup>. Ciertamente, apenas aprobada en 2001 la Segunda Directiva comunitaria (Directiva 2001/97/CE), se iniciaron los trabajos de reforma de las 40 Recomendaciones que habrían de dar lugar, tan sólo cuatro años más tarde, a la Tercera Directiva (Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre).

No obstante, a pesar de que con carácter general parece razonable no mudar en exceso la legislación financiera (especialmente en un ámbito como éste, que exige adaptaciones organizativas y procedimentales de gran calado, con los consiguientes costes asociados para las entidades), en el presente caso existían

---

<sup>396</sup> Schmitt, Carl, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949, página 20.

una serie de motivos que aconsejaban abordar sin dilación una importante reforma de la normativa de prevención.

En particular, el blanqueo de capitales se presenta como un fenómeno esencialmente cambiante, en el que se producen “reacciones” a las precauciones adoptadas por las entidades. La “industria del blanqueo” ha mostrado una notable capacidad adaptativa, observándose una incrementada complejidad de los mecanismos de ocultación. En este sentido, resulta particularmente destacable la creciente utilización de vehículos societarios u otros esquemas jurídicos orientados a ocultar la verdadera estructura de propiedad o de control. Ciertamente, la presencia de personas físicas actuando en su propio nombre presenta en la actualidad un papel muy marginal (reducido a esquemas de “pitufeo”<sup>397</sup> y similares), realizándose las operaciones de diversificación mediante uso de sociedades tipo IBC (“International Business Companies”) u otros instrumentos jurídicos opacos (“trusts”, “anstalt”), con frecuencia administrados por fiduciarios profesionales (“Company Service Providers”, CSPs) domiciliados en paraísos fiscales.

---

<sup>397</sup> “La técnica conocida como *smurfing* o pitufeo no es más que un método de fraccionamiento de operaciones financieras con el fin de evadir los controles administrativos y disminuir las posibles sospechas, consistente en la utilización de pequeños grupos de 5 ó 6 personas (normalmente extranjeros particularmente sudamericanos y gente con escasos recursos económicos) controlados por un jefe de grupo el cual se encarga de repartir a diario cantidades que oscilan entre los 5 y 20 millones de pesetas para que sean cambiadas en pequeñas operaciones a dólares americanos.” Ávila Solana, Esteban, *Las tipologías del blanqueo en España (II): casos prácticos específicos del blanqueo*, en *Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, página 93.

En este contexto, con un notable retraso<sup>398</sup> (pues el periodo de transposición de la Tercera Directiva expiraba el 15 de diciembre de 2007), el Consejo de Ministros ha aprobado el 27 de noviembre de 2009 la remisión a las Cortes Generales del proyecto<sup>399</sup> de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.<sup>400</sup>

El proyecto supone una notable actualización de nuestra legislación de prevención a la luz de las últimas tendencias regulatorias y de la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre. Como principales características “técnicas” del nuevo texto legal podemos señalar las siguientes:

(1) En primer lugar, se trata de una verdadera transposición, en la que parece haberse realizado un esfuerzo consciente por adaptar la Tercera Directiva comunitaria a las prácticas y terminología patrias. Ello es especialmente reseñable en un contexto en el que las más recientes Directivas (especialmente, las relativas a servicios financieros) están siendo no tanto “traspuestas” como “incorporadas” al ordenamiento español, mediante leyes que reproducen casi literalmente los preceptos del texto original (lo que supone que se están acogiendo, sin la debida

---

<sup>398</sup> Con fecha 29 de enero de 2008, la Comisión Europea emitió Carta de Emplazamiento por la no comunicación de las mediadas de transposición de la Directiva 2005/60/CE.

<sup>399</sup> La Dirección General del Tesoro y Política Financiera había sometido el anteproyecto a audiencia pública en abril de 2009.

<sup>400</sup> Inicialmente el proyecto de ley se denominó de “protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica”. Se trataba de una denominación más conforme con las últimas tendencias regulatorias en el ámbito internacional (que ponen el énfasis en el concepto de “riesgo-reputación”) pero que resultaba, en cierta manera, ajena a nuestra tradición.

reflexión, técnicas legislativas anglosajonas, en buena medida ajenas a nuestra tradición jurídica).

En este punto, es importante recordar que *“la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”* (artículo 288 TFUE, antiguo artículo 249 TCE), lo que supone que nuestras normas de transposición no deberían renunciar a ser leyes genuinamente españolas, y no, simplemente, regulaciones anglosajonas traducidas al castellano. En el caso de la Tercera Directiva debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que se trata de una “norma de mínimos”, como taxativamente señala su artículo 5 (*“los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”*), lo que implica dos importantes consecuencias: (a) Desde un punto práctico, la Directiva resultaría inaplicable por los sujetos obligados sin ulteriores especificaciones o orientaciones del legislador nacional (piénsese, por ejemplo, en las genéricas previsiones sobre aplicación de las medidas de diligencia debida “en función del riesgo”, artículo 8.2). Ello supone que tanto la ley como su reglamento de ejecución deban concretar los principios generales establecidos en la Directiva (la cual, por otra parte, se limita en buena medida a transcribir las Recomendaciones del GAFI) mediante el establecimiento de criterios de actuación operativa para los sujetos obligados. (b) La Directiva fija un estándar mínimo que es susceptible de ser intensificado por los Estados miembros mediante la exigencia de obligaciones de prevención o cuidado reforzadas. Ello resultará particularmente pertinente en aquellos países que por su situación geográfica (por ejemplo, por ser territorio de tránsito del tráfico de drogas tóxicas), por el volumen o características de su sector financiero, por su alto número de clientes no residentes, o por otros factores relevantes (uso intensivo de medios de pago al portador, débil cultura de cumplimiento, preponderancia del sector inmobiliario...) presenten riesgos superiores al promedio. . . . .

(2) En segundo lugar, el proyecto es una norma minuciosa, notablemente más extensa que la vigente Ley 19/1993, de 28 de diciembre. En este punto no resulta discutible que el principal motivo de la ampliación radica en el hecho de que diversas previsiones contenidas en el vigente Reglamento de ejecución de la Ley han sido elevadas de rango e incorporadas al texto del proyecto. Aunque ciertamente la norma legal resultante puede ser tachada, con toda justicia, de “reglamentista”, existen varios motivos que justificarían la adopción de esta técnica legislativa: (a) La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, se adopta en una fase inicial de la política de prevención del blanqueo de capitales, en la que existía una gran incertidumbre sobre la concreta articulación de los procedimientos de prevención (simplemente, no existía experiencia real sobre el modo más eficaz de afrontar el fenómeno del blanqueo de capitales). Consiguientemente, la Ley 19/1993 era (y es, en tanto se mantenga vigente) una norma breve (de hecho todas las obligaciones de prevención se consagran en términos extremadamente amplios en un único precepto, el artículo 3) que se limita a establecer principios genéricos que habrán de guiar la actuación de los sujetos obligados (esto es, se trata más propiamente de una “norma marco” que de una “norma reglamento”). La experiencia adquirida (en particular, el juego de las técnicas previstas en el Reglamento, especialmente tras su extensa reforma por Real Decreto 54/2005, de 21 de enero) permite en la actualidad “pisar terreno más firme” e incorporar al texto legal ciertas previsiones que han sido consagradas por la práctica de los sujetos obligados en los últimos años. (b) Debe tenerse en cuenta que la legislación de prevención del blanqueo de capitales es una normativa de carácter “profesional”, que no se dirige al público en general, sino a determinadas entidades y profesionales que quedan sujetos a deberes de cuidado particularmente intensificados. Desde esta perspectiva, resulta razonable que la legislación presente un alto contenido técnico, disciplinando con detalle la concreta articulación operativa de las obligaciones de prevención. (c) Finalmente, en la actualidad resulta discutible la conformidad con el principio de legalidad de ciertos deberes impuestos a los sujetos obligados mediante normas de

rango meramente reglamentario. Así, a título de ejemplo, el eventual incumplimiento por un sujeto obligado de la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo la propuesta de nombramiento de representante<sup>401</sup> (establecida en el artículo 12.5 del Reglamento)<sup>402</sup> debe reconducirse a la infracción de la genérica previsión contenida en el artículo 3.7 de la Ley de “establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación”. Sin embargo, bien podría argumentarse que el artículo 12 del Reglamento establece deberes de actuación que no son reconducibles sin cierta violencia lógica a la genérica obligación del artículo 3.7 de la Ley y que, por tanto, carecen del adecuado soporte legal (especialmente si ha de calificarse su incumplimiento como infracción grave, de conformidad con el artículo 5.2 de la Ley). Dado que en la actualidad no resulta particularmente popular entre la jurisprudencia la doctrina de la “relación especial de sujeción” (que permitiría considerar jurídicamente legítima la imposición reglamentaria de deberes a los sujetos obligados) parece más prudente consagrar, y concretar en la medida de lo posible, los deberes de prevención en norma con rango formal de ley.

(3) Finalmente, con objeto de reducir los costes de adaptación de los sujetos obligados, el proyecto se configura como un texto relativamente “conservador”, que mantiene, en la medida de lo posible, la dicción de la normativa vigente en aquellos puntos en que los estándares internacionales no han experimentado un cambio sustantivo (frente a la Directiva 2005/60/CE, que ha alterado de manera aparentemente caprichosa la descripción de ciertos deberes de prevención).

---

<sup>401</sup> El “representante ante el Servicio Ejecutivo” es el equivalente del “Oficial de Cumplimiento” (“Compliance Officer”, OC) del derecho anglosajón. El representante es el interlocutor del sujeto obligado con el Servicio Ejecutivo.

<sup>402</sup> “La propuesta de nombramiento de los representantes habrá de ser comunicada al Servicio Ejecutivo que, de forma razonada, podrá formular reparos u observaciones (...)”.

No obstante este carácter “conservador”, el proyecto supone cambios importantes en la configuración de la política de prevención, pudiendo señalarse como más importantes los siguientes:

(1) La plena incorporación del “criterio del riesgo”

Los estándares internacionales, en especial a partir de la revisión de las 40 Recomendaciones del GAFI en 2003 (aunque con el precedente del “Customer Due Diligence” del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea) han incorporado plenamente el criterio del riesgo (“risk-based approach”, RBA) a la política de prevención del blanqueo de capitales. La adopción del RBA supone la implantación de procesos integrales de gestión del riesgo, lo que implica (i) el reconocimiento e identificación de la existencia de riesgo/s, (ii) la realización de un examen o análisis de dicho/s riesgo/s y (iii) la adopción de estrategias de manejo y mitigación de lo/s riesgo/s identificados/s.

El RBA parte, en consecuencia, de la evidencia de que la operativa de las entidades presenta diversos niveles de riesgo, por lo que los recursos deben centrarse en aquellas tipologías, líneas de negocio o clientes que presenten, *prima facie*, un nivel de riesgo superior al promedio.

Aunque en este punto la normativa española había sido pionera (pues el vigente Reglamento prevé expresamente la adopción de diversas medidas en función del riesgo<sup>403</sup>), el proyecto, de conformidad con la Directiva, culmina esta evolución,

---

<sup>403</sup> Así, el artículo 3 del Reglamento prevé que: (1) los procedimientos de verificación de las actividades declaradas por los clientes tendrán en cuenta el diferente nivel de riesgo y se basarán en la obtención de documentos que guarden relación con la actividad declarada o en la obtención de información ajena al propio cliente; (2) los sujetos obligados deberán aplicar medidas adicionales de identificación y conocimiento del cliente para controlar el riesgo de blanqueo de capitales en las áreas de negocio y actividades más sensibles; (3)



pues (i) establece diversos niveles de diligencia debida (normal, simplificada, reforzada) y (ii) habilita a los sujetos obligados para “determinar el grado de aplicación” de las medidas de diligencia debida (artículo 7).

Este enfoque supondrá un cambio importante en la manera de operar, tanto de los sujetos obligados como de las autoridades supervisoras. Los primeros (especialmente, en el caso de las entidades financieras) verán reconocido un margen de apreciación en la determinación de los riesgos asociados a una potencial relación de su operativa con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (fundamentalmente riesgo-reputación y riesgo legal), riesgos específicos que deberán ser gestionados de forma análoga a los restantes riesgos financieros (riesgo de crédito, operativo, de liquidez...). En cuanto a los supervisores, el énfasis deberá desplazarse necesariamente desde la verificación del cumplimiento de determinadas obligaciones de naturaleza formal hacia un análisis sustantivo de la calidad de los procedimientos de gestión del riesgo implantados por las entidades. Desde una perspectiva negativa, ello supone la aceptación de un porcentaje de “incidencias” que no deberán considerarse relevantes desde una óptica sancionadora en cuanto puedan calificarse como resultado “estándar” de unos procedimientos de control adecuados.

A este respecto, la comparativa con la gestión de los restantes riesgos financieros puede resultar clarificadora. Como resulta sabido, la normativa de disciplina bancaria exige a las entidades de crédito “contar con una buena organización administrativa y contable, así con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad” (artículo 2.1.g) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio). Se trata de una obligación “estructural”, orientada a garantizar una gestión adecuada del riesgo de crédito, gestión

---

los sujetos obligados adoptarán medidas adicionales de verificación de la identidad del cliente cuando en el curso de la relación de negocio aprecien riesgos al riesgo promedio.

adecuada que resulta compatible con la aceptación por el supervisor de una mora “normal” o “estándar” en función de las características de negocio de la entidad y de la situación general del mercado crediticio. De forma análoga, la existencia de medidas de control interno adecuadas en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo puede resultar compatible con la falta de comunicación o detección de una concreta operación de riesgo. *A contrario sensu*, la falta de implantación de medidas de control interno adecuadas se traducirá en una alta probabilidad de que el sujeto obligado pueda verse involucrado en operaciones potenciales delictivas lo que, con independencia de las posibles consecuencias penales, conllevará la correspondiente responsabilidad administrativa.

## (2) Ampliación del ámbito de aplicación subjetivo

Como hemos señalado anteriormente, existe una persistente tendencia en la normativa de prevención del blanqueo de capitales a la ampliación de su ámbito subjetivo, de modo que, progresivamente, nuevos sectores empresariales y profesionales han sido calificados como sujetos obligados tanto por los estándares internacionales como por el derecho comunitario.

El proyecto culmina esta evolución, enunciando hasta 26 categorías de sujetos obligados. Aunque el párrafo z) del artículo 2.1 (al igual que el vigente artículo 2.2.e) LPBC) prevé la posibilidad de calificar como sujetos obligados a aquellas personas físicas o jurídicas que, por ejercer actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, se determinen reglamentariamente, no resulta previsible el uso de esta habilitación por el futuro Reglamento pues bien puede sostenerse que la normativa de prevención ha llegado a sus límites racionales si ha de conservar su carácter de legislación profesional.

En este contexto, resulta importante destacar que la existencia de riesgos en un determinado sector económico no justifica, per se, su sujeción a la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Piénsese en la reciente publicación por el GAFI de un estudio de tipologías sobre el blanqueo de capitales en el sector del fútbol<sup>404</sup>: aunque ciertamente se trata de un ámbito propicio al blanqueo de capitales (en especial, por la dificultad de atribuir un valor “razonable” u “objetivo” a los traspasos de jugadores), la calificación de los clubes como sujetos obligados resultaría previsiblemente estéril, pues las prácticas más discutibles son realizadas por los propios directivos de algunos clubes (que no resulta esperable que comuniquen como “sospechosas” sus propias acciones). Un enfoque más realista pasaría por tres medidas: (a) la verificación de los requisitos de honorabilidad en el acceso a los puestos directivos; (b) la sujeción de la gestión económica del club al control o verificación de profesionales ajenos a la propia junta directiva; (c) el sometimiento de los clubes a medidas de diligencia reforzada.

En este punto, es importante destacar que la normativa de prevención presupone necesariamente que el sujeto obligado no participe conscientemente en el esquema de blanqueo, pues en tales casos no resulta razonable esperar la observancia puntillosa de las obligaciones de información a la Unidad de Inteligencia Financiera. Ello supone que la calificación como sujeto obligado debería limitarse a determinados sectores económicos (paradigmáticamente, la industria financiera) en los que existe una fuerte cultura de cumplimiento (e incentivos para no verse involucrados en prácticas dudosas), de modo que ámbitos como el del fútbol (u otros) sean calificados como “clientes de riesgo superior al promedio”, con especial énfasis en la verificación del origen lícito de los fondos con los que se realiza la transacción u operación.

---

<sup>404</sup> “Money Laundering through the Football Sector”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/41/43216572.pdf>

### (3) Ampliación del ámbito de aplicación objetivo

También aquí, el proyecto culmina la evolución de la legislación de prevención hacia la progresiva ampliación del concepto de delito base, antecedente o subyacente (esto es, de la actividad delictiva que genera los fondos, bienes o activos objeto de las actividades de ocultación propias del blanqueo de capitales):

1º. Inicialmente, los estándares internacionales (40 Recomendaciones en su versión original de 1990) consideraron únicamente como delito subyacente al blanqueo de capitales el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas (en esta línea, también la Convención de Viena de 1988). En este punto, bien puede afirmarse que la misma política de prevención del blanqueo de capitales surge como una respuesta de la comunidad internacional a la creciente preocupación generada por la criminalidad financiera derivada del narcotráfico, y, en particular, al riesgo percibido de que el sistema económico formal (y, muy en particular, el sector financiero) era vulnerable a su penetración por parte de grupos criminales organizados. Efectivamente, junto con la alarma social suscitada por los gravísimos efectos en la salud pública derivados del consumo de drogas, existían una serie de factores propiamente económicos e institucionales que abonaban la posibilidad, e incluso la certeza, de que existían fuertes incentivos para la penetración de ciertas entidades financieras por parte del narcotráfico: (a) en primer lugar, el mismo volumen económico generado por el consumo de drogas, que diversas estimaciones fijaban en torno al 5 por 100 del PIB mundial; (b) en segundo lugar, determinadas características operativas que harían particularmente atractivo el recurso al sistema financiero (generación de los rendimientos del tráfico de drogas en moneda pequeña, como consecuencia del menudeo<sup>405</sup>, lo que hace

---

<sup>405</sup> *"La venta al por menor, o como habitualmente se la denomina, el menudeo, constituye el último eslabón del tráfico de drogas y consiste en la venta de pequeñas dosis de estupefaciente, a veces inferiores a la décima parte del gramo, a los compradores finales. (...) Sin embargo, el menudeo tiene una importancia y repercusión enormes, ya que toda la*

conveniente su cambio a billetes de alta denominación, más fáciles de ocultar, transportar o atesorar; separación geográfica entre países de producción y de consumo, con la consiguiente necesidad de repatriar los beneficios obtenidos, lo que puede realizarse de forma más económica y segura mediante el uso de transferencias electrónicas; conveniencia de ocultar el origen delictivo de los fondos obtenidos, insertándolos en el sistema económico formal, como precondition para su disfrute y rentabilidad).

De acuerdo con estos riesgos percibidos, la mayoría de las legislaciones, en una etapa inicial limitaron el concepto de delito precedente al tráfico de drogas, lo que planteó dos tipos de problemas: (a) En primer lugar, la restricción permitió a ciertas entidades financieras mantener determinadas prácticas comerciales que eran percibidas como poco éticas por la opinión pública. Piénsese, por ejemplo, en el denominado "caso Abacha"<sup>406</sup>, que involucró a la Unión de Bancos Suizos (UBS)<sup>407</sup>.

---

*droga pasa por sus manos y es el eslabón imprescindible del tráfico de estupefacientes."* Conde Velázquez, José Luís, *El tráfico de drogas en los poblados*, en *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, página 276.

<sup>406</sup> Sani Abacha era Presidente de Nigeria.

<sup>407</sup> Aunque mencionamos a la UBS, estas prácticas eran relativamente comunes en la banca internacional. Así, las relaciones entre Omar Bongo, presidente de Gabón, y Citibank se remontaban prácticamente a la llegada al poder de aquél en 1967. La entidad norteamericana abrió numerosas cuentas por cuenta de Bongo (cuyo nombre no figuraba en ningún documento relacionado con su constitución), repartidas entre Londres, Luxemburgo, Nueva York, París, Bahrein, Jersey, y Suiza. Citibank concedía préstamos multimillonarios, garantizados con los depósitos de Bongo, que eran pagados a través de las cuentas de París que recibían a su vez el dinero de Tendin Investment Ltd. (una sociedad pantalla o "shell corporation" domiciliada en las Bahamas). Se crearon otras dos sociedades pantalla, Davenport Associated SA, registrada en Ginebra, y Kourtas, una

Dado que la corrupción de funcionarios públicos extranjeros no era en aquel momento delito subyacente en la legislación suiza, la UBS no tenía obligación de comunicar las operaciones de Abacha como sospechosas, no obstante lo cual, cuando la implicación de la entidad se hizo pública, su imagen sufrió un grave detrimento (riesgo-reputación). (b) Desde el punto de vista operativo, los sujetos obligados no están, en la mayor parte de las ocasiones, en situación de identificar con precisión el delito precedente. Generalmente, la entidad únicamente detectará determinadas transacciones que se apartan, bien de los parámetros propios del cliente (por su volumen o complejidad), bien de las prácticas transaccionales comunes (operaciones inusuales, esto es, que carecen de lógica económica o jurídica). Desde esta perspectiva, la limitación de la obligación de comunicación de operaciones sospechosas a aquellas que presentaran como subyacente únicamente el tráfico de drogas se revelaba en buena medida arbitraria e injustificada.

2º. Consecuentemente, los estándares internacionales han ampliado en la actualidad el concepto de delito subyacente a toda actividad delictiva “grave” (“countries should apply the crime of money laundering to all serious offences, with a view to including the widest range of predicate offences”, Recomendación 1 del GAFI), si bien reconociendo un amplio margen de apreciación a las legislaciones nacionales, que pueden optar por varios enfoques alternativos: (a) el sistema de “todos los delitos” (“predicate offences may be described by reference to all offences”); (b) el sistema de “umbral”, bien por referencia a la categoría de delitos graves, bien ligado a la pena aplicable al delito precedente (“predicate offences may

---

“shell” registrada en las Islas Vírgenes Británicas, controlada a través de un despacho de abogados suizos (a través de las cuales la compañía petrolera francesa ELF Aquitaine sobornaba a Bongo). Al cabo de unos diez años, había unos 130 millones de dólares circulando de esta forma, que reportaban para Citibank un ingreso fijo en comisiones de un millón de dólares por año.

be described by reference (...) to a threshold linked either to a category of serious offences or to the penalty of imprisonment applicable to the predicate offence”)<sup>408</sup>; (c) el sistema de “lista” cerrada de delitos precedentes; (d) una combinación de los anteriores. No obstante, cualquiera que sea el enfoque elegido, la legislación deberá cubrir, como mínimo, una veintena de actividades delictivas determinadas por el GAFI (“designated categories of offences”).

En este contexto, la Tercera Directiva, considera actividad delictiva subyacente “cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave” (artículo 3.4), si bien han de considerarse “delitos graves”, como mínimo, los siguientes: (a) los delitos de terrorismo (artículos 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI); (b) el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (artículo 3.1.a) de la Convención de Viena de 1988); (c) las actividades de organizaciones delictivas (artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI); (d) el fraude a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves; (e) la corrupción; (f) todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima

---

<sup>408</sup> El sistema de umbral está sujeto, no obstante, a ciertas limitaciones:

- (1) Si se opta por la referencia a la categoría de delitos graves, “predicate offences should at a minimum comprise all offences that fall within the category of serious offences under their national law”.
- (2) Si se opta por la referencia a la pena del delito precedente “predicate offences (...) should include offences which are punishable by a maximum penalty of more than one year’s imprisonment or for those countries that have a minimum threshold for offences in their legal system, predicate offences should comprise all offences, which are punishable by a minimum penalty of more than six months imprisonment”.

superior a seis meses. A diferencia de la derogada Directiva 2001/97/CE (artículo 1.E), la nueva Directiva 2005/60/CE no exige que el delito precedente “pueda generar beneficios considerables”, no obstante lo cual, este requisito debe entenderse implícito, pues existen actividades delictivas que, no obstante caer formalmente en la definición del artículo 3.5 de la Tercera Directiva, no son aptas para generar un beneficio económico susceptible de ser blanqueado (piénsese, por ejemplo, en la conducción temeraria, tipificada como delito contra la seguridad del tráfico por el artículo 381 CP).

Centrándonos en la legislación de prevención española, ha de señalarse que el legislador patrio ha sido, en general, más exigente que los estándares internacionales y que el propio derecho comunitario. Efectivamente, al transponer la Primera Directiva en la materia (Directiva 91/308/CEE), la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, amplió notablemente su ámbito de aplicación, regulando las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes de: (a) actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; (b) actividades delictivas relacionadas con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; (c) actividades delictivas realizadas por bandas o grupos organizados (artículo 1.1).

Esta ampliación, aunque ambiciosa, ciertamente no era contraria a la Directiva 91/308/CEE - cuyo considerando noveno señalaba expresamente que “puesto que el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y el terrorismo), es importante que los Estados miembros, según lo estipulen sus propias legislaciones, amplíen los efectos de la presente Directiva al producto de esas actividades cuando puedan dar lugar a operaciones de blanqueo de justifiquen su represión en este sentido”. No



obstante, se produjo cierta discordancia con la legislación penal, pues continuaba vigente el artículo 344 bis del anterior CP que limitaba el concepto de delito precedente al tráfico de drogas.

Ampliado en 2003 el ámbito de aplicación de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, a los delitos castigados con pena de prisión superior a tres años (artículo 1.2, en redacción dada por la Ley 19/2003, de 4 de julio), el proyecto culmina esta evolución, definiendo el blanqueo de capitales por referencia a cualquier actividad delictiva, sin limitación alguna (lo que pone a la legislación de prevención en línea con el vigente artículo 301 CP).

Llegados a este punto, entiendo que resulta conveniente abordar dos cuestiones que han sido altamente controvertidas: (1) la relación de la financiación del terrorismo con el blanqueo de capitales y (2) la posibilidad de considerar el delito fiscal como precedente o subyacente.

#### (1) La financiación del terrorismo<sup>409</sup>

La financiación del terrorismo ha sido objeto en los últimos años de una creciente atención por parte de los organismos internacionales especializados y de los legisladores nacionales por razones análogas al blanqueo de capitales: (a) en primer lugar, desde consideraciones de política criminal: atacar las finanzas de los grupos terroristas supone un medio indirecto de perturbar su actividad operativa, reduciendo su capacidad para causar daños a personas y bienes; (b) en segundo

---

<sup>409</sup> El artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Convenio de Nueva York) la define como la provisión o recolección de fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves con el fin de intimidar a una población o presionar a un gobierno u organización internacional.

lugar, desde una perspectiva supervisora: si el conocimiento público de la implicación de una entidad financiera en un esquema de blanqueo de capitales puede producir un deterioro de la reputación de esa entidad (riesgo-reputación), los daños potenciales serían, casi con toda seguridad, superiores si la implicación revelada lo fuera con la actividad de una organización o grupo terrorista.

Sin embargo, la financiación del terrorismo presenta notables diferencias con el blanqueo de capitales, que podrían cuestionar la conveniencia de un enfoque unitario:

(a) En primer lugar, en contraste con el blanqueo de capitales (generador de ingentes volúmenes financieros), la financiación del terrorismo involucra generalmente cuantías reducidas<sup>410</sup>, lo que dificulta su detección por parte de los

---

<sup>410</sup> En la investigación subsiguiente a los atentados del 11 de septiembre de 2001 el FBI detectó transferencias a los terroristas (19 personas) por un importe aproximado de 300.000 dólares. En los atentados de Madrid del 11 de marzo de 2004 las cantidades involucradas fueron incluso menores: 93.441 euros (en realidad la cantidad efectivamente empleada fue de 41.146 euros, si bien los terroristas disponían en efectivo de 52.295 euros adicionales). Incluso en el caso de una organización plenamente estructurada como ETA el presupuesto anual se sitúa en el entorno de los 4.7 millones de euros.

Las razones son diversas:

- (1) Los terroristas prestan sus servicios por razones ideológicas (lo que supone, en principio, que no son remunerados) y viven modestamente para pasar desapercibidos. Ello conlleva costes logísticos reducidos (alojamiento, manutención, transportes).
- (2) Las acciones terroristas pueden ser baratas. En el caso del 11-M en Madrid, se adquirieron 210 kilogramos de explosivos y 260 detonadores a cambio de entre 20 y 30 kilos de hachís (que a 1.500 euros por kilo da un máximo de 45.000 euros).
- (3) No hay acumulación: a diferencia del blanqueo de capitales la acumulación de riqueza no es el propósito fundamental, siendo el dinero un mero instrumento operativo.

sujetos obligados. Aunque se han realizado esfuerzos por parte de las autoridades para proporcionar indicadores de riesgo<sup>411</sup> a las entidades financieras, la identificación de operaciones potencialmente vinculadas a la financiación del terrorismo continúa siendo un reto extremadamente difícil.

(b) En segundo lugar, la financiación de las organizaciones terroristas puede proceder tanto de fuentes ilegales<sup>412</sup> (esto es, de la comisión de delitos, como el secuestro, la extorsión, o el tráfico de drogas<sup>413</sup>) como de fuentes "legales"<sup>414</sup>

---

La consecuencia es que existe una extrema dificultad de la detección, por cuanto:

(1) Si se utiliza el sistema financiero, se trata de transacciones pequeñas, que no presentan anomalías.

(2) Si se utiliza efectivo, resulta relativamente sencillo su transporte y ocultación.

<sup>411</sup> Así la "Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing", publicada por el GAFI en 2002.

<sup>412</sup> En general, las organizaciones terroristas surgidas en Europa en las últimas décadas han recurrido a la financiación mediante la comisión de delitos (así, en el caso de ETA, su fuente principal de fondos ha radicado en la extorsión denominada "impuesto revolucionario"). Por el contrario, el terrorismo más reciente de tipo "yihadista" ha sido financiado mediante fuentes "legales" (fundamentalmente donaciones en forma de "zakat", con frecuencia a través de organizaciones caritativas).

<sup>413</sup> Han recurrido al tráfico de drogas como instrumento de financiación organizaciones como las FARC o el PKK, dando lugar al concepto de "narcoterrorismo".

<sup>414</sup> El término "legales" significa aquí exclusivamente que se trata de fondos que no proceden de un delito. Por ello lo situamos entre comillas para destacar que se utiliza en un sentido lato o impropio, dado que financiar a una organización o grupo terrorista es siempre una actividad ilegal.

(cuestiones, donaciones, venta de publicaciones...). Este segundo supuesto (que a veces se ha denominado de "blanqueo inverso") plantea dificultades tanto técnico-jurídicas (pues no existe propiamente blanqueo de capitales al no concurrir el elemento institucional de la procedencia de los fondos de un delito subyacente) como operativas (pues las técnicas empleadas se aproximan a las propias de la defraudación fiscal, más que a las tradicionales del blanqueo de capitales).

Estas particularidades explican que, durante la década de 1990, el GAFI, a pesar de las presiones de los Estados Unidos, no asumiera como parte de su mandato la lucha contra la financiación del terrorismo, por entender un número importante de delegaciones que ni conceptual ni operativamente podía asimilarse al blanqueo de capitales. No obstante, estas resistencias desaparecieron como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001: en octubre de ese año el GAFI celebra en Washington un Plenario extraordinario y aprueba sus ocho "Recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo" (nueve, en la actualidad, tras la aprobación en octubre de 2004 de la Recomendación especial IX sobre control de efectivo).

Las Recomendaciones especiales extienden a la financiación del terrorismo el régimen de control establecido para el blanqueo de capitales, regulando: (I) la aplicación de los instrumentos de Naciones Unidas<sup>415</sup>, (II) la tipificación de la

---

<sup>415</sup> *"Cada país debería adoptar pasos inmediatos para ratificar y ejecutar plenamente el Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo de 1999. Asimismo, los países deberían ejecutar de inmediato las resoluciones de Naciones Unidas relativas a la prevención y represión de la financiación de actos terroristas, en particular la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas."*

En consecuencia, cabe distinguir dos acciones necesarias:

financiación del terrorismo<sup>416</sup>, (III) la congelación de activos terroristas<sup>417</sup>, (IV) la comunicación de operaciones sospechosas<sup>418</sup>, (V) la cooperación internacional<sup>419</sup>,

---

1) En primer lugar, la ratificación y ejecución plena del Convenio. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación, previo cumplimiento de las formalidades constitucionales internas (incluida, en su caso, la aprobación o autorización por el Parlamento o Poder Legislativo), deben ser depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. De conformidad con su artículo 26, el Convenio entró en vigor el trigésimo día a partir del depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación (10 de abril de 2002).

2) En segundo lugar, la ejecución de las Resoluciones del Consejo de Seguridad (CS/RES) relativas a la prevención y represión de la financiación del terrorismo. Aunque la Recomendación sólo menciona expresamente la CS/RES 1373 son asimismo relevantes las siguientes: CS/RES 1267 (1999), CS/RES 1269 (1999), CS/RES 1333 (2000) y CS/RES 1390 (2001).

<sup>416</sup> *“Cada país debería tipificar como delito la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberían asegurar que tales delitos se establezcan como delitos subyacentes al blanqueo de capitales.”*

Asimismo, cabe distinguir dos acciones necesarias:

(1) En primer lugar, la tipificación de la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Aunque el texto expreso de la Recomendación no lo exige, es precisa una tipificación específica pues la punición a través de las figuras de la participación criminal (coautoría, cooperación necesaria o complicidad) podría suponer la atipicidad (y consiguiente impunidad) de ciertas conductas.

(2) Establecer la financiación del terrorismo como delito subyacente o antecedente al blanqueo de capitales. Evidentemente, en aquellas jurisdicciones que, de conformidad con la Recomendación primera, hayan ampliado el concepto de actividad delictiva

---

antecedente a todo delito grave, la mención expresa de la financiación del terrorismo no será imprescindible.

<sup>417</sup> *“Cada país debería ejecutar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de conformidad con las resoluciones de Naciones Unidas relativas a la prevención y represión de la financiación de los actos terroristas. Asimismo, cada país debería adoptar y ejecutar las medidas, incluidas las legislativas, que permitieran a las autoridades competentes embargar y decomisar los bienes procedentes, utilizados, destinados o preparados para financiar el terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas.”*

En esta Recomendación cabe distinguir dos medidas de distinta naturaleza:

1) La congelación o bloqueo es una medida provisional que implica *“la prohibición de realizar cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización o transacción de capitales o activos financieros que dé o pueda dar lugar a un cambio de volumen, importe, localización, propiedad, posesión, naturaleza o destino de dichos capitales o activos o de cualquier otro cambio que pudiera facilitar su utilización, incluida la gestión de una cartera de valores”* (definición tomada de la Ley 12/2003). Esta medida provisional puede ser atribuida a órganos administrativos o gubernativos, sin perjuicio, naturalmente, del derecho de los interesados a recurrir ante los tribunales de justicia.

2) Por el contrario, el decomiso es una medida definitiva que implica la privación de la propiedad o dominio, con la consiguiente transferencia al Estado. En consecuencia, esta medida sólo puede ser adoptada en el marco de un procedimiento penal por órganos jurisdiccionales, no administrativos. Estas salvaguardias diferencian el decomiso de la pura o simple incautación (privación de la propiedad sin observancia de las formalidades legales o por sujeto público no habilitado legalmente)

<sup>418</sup> *“Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetos a obligaciones de prevención del blanqueo de capitales, sospechan o tienen indicios razonables para*

---

*sospechar la existencia de fondos vinculados o relacionados con el terrorismo o que van a ser utilizados para el terrorismo, actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que comuniquen rápidamente sus sospechas a las autoridades competentes.”*

Esta previsión puede considerarse como una consecuencia de lo establecido en la Recomendación II, pues configurándose la financiación del terrorismo como actividad delictiva antecedente, los sujetos obligados quedan sometidos al deber de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera las operaciones sospechosas, obligación que es la clave de bóveda de todo sistema de prevención del blanqueo de capitales.

<sup>419</sup> *“Cada país debería proporcionar a otro país, sobre la base de un tratado, acuerdo u otro mecanismo de asistencia legal mutua o intercambio de información, el máximo grado posible de asistencia en relación con investigaciones, indagaciones y procedimientos criminales, civiles y administrativos relacionados con la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas. Asimismo, los países deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar que no proporcionan refugio a individuos imputados por financiación del terrorismo, y deberían contar con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales individuos.”*

El Comité de Basilea ha identificado tres procedimientos oficiales para compartir entre jurisdicciones nacionales información sobre financiación del terrorismo:

- 1) El procedimiento clásico, generalmente en el marco de un tratado de asistencia legal mutua, proporciona la base legal para transmitir evidencia que puede ser usada en el marco de un procedimiento judicial.
- 2) El segundo procedimiento supone comunicación entre Unidades de Inteligencia Financiera (FIU) u otros órganos establecidos para combatir el delito financiero. Las FIU comparten información informalmente en el contexto de sus investigaciones, generalmente con fundamento en un memorando de entendimiento (MOU). A diferencia de los tratados de asistencia legal mutua, este procedimiento no es ordinariamente empleado para

(VI) el envío alternativo de fondos<sup>420</sup>, (VII) las transferencias electrónicas<sup>421</sup>, (VII) las organizaciones sin ánimo de lucro<sup>422</sup> y (IX) el transporte transfronterizo de efectivo<sup>423</sup>.

---

transmitir evidencias sino para recibir inteligencia que puede conducir a obtener tales evidencias. El Grupo Egmont ha establecido un modelo para tales memorandos.

3) El tercer procedimiento oficial es el canal supervisor. En relación con las actividades bancarias, la información es normalmente de carácter general, orientada a verificar la solvencia de un grupo bancario. Sin embargo, con creciente frecuencia las peticiones de información se refieren a cuentas o activos específicos como consecuencia de la preocupación existente acerca del riesgo legal o reputacional. La información comunicada a través de este procedimiento lo es exclusivamente para propósitos supervisores por lo que no será ordinariamente usada como evidencia ni compartida con otras entidades gubernamentales.

Véase *"Sharing of Financial Records between Jurisdictions in Connection with the Fight against Terrorist Financing"*, Basel Committee on Banking Supervision, Basilea, 2002.

<sup>420</sup> *"Cada país debería tomar medidas para asegurar que las personas físicas o jurídicas, incluyendo los agentes, que proporcionan un servicio para la transmisión de dinero o valor, incluyendo la transmisión a través de sistemas o redes informales, deberían ser autorizadas o registradas y sometidas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a bancos e instituciones financieras no bancarias. Cada país debería asegurarse de que las personas físicas o jurídicas que presten este servicio ilegalmente sean objeto de sanciones administrativas, civiles o penales."*

Esta Recomendación implica dos medidas:

1) Establecimiento de una reserva de actividad. La reserva de actividad supone que únicamente las entidades autorizadas o registradas podrían realizar lícitamente transferencias electrónicas. Consiguientemente, el desarrollo de la actividad sin la



---

preceptiva licencia debe aparejar la imposición de sanciones administrativas, civiles o penales

2) Sometimiento a las Recomendaciones del GAFI. En particular, serán aplicables a la actividad de remisión de fondos las Recomendaciones 5 y siguientes (identificación de clientes, CDD), 10 (conservación de documentos) y 13 (comunicación de operaciones sospechosas).

El GAFI ha examinado en sus ejercicios de tipologías los denominados *sistemas alternativos de remisión de fondos* (en ocasiones identificados con la denominada *banca subterránea*), concluyendo que presentan riesgos significativos desde el punto de vista de prevención del blanqueo de capitales y de la lucha contra la financiación del terrorismo. Como tales se señalan en América el denominado "mercado negro del peso" ("black market peso exchange) y en Asia los sistemas Hundi, Hawala y Chit.

<sup>421</sup> *"Los países deberían tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo remitores de fondos, la inclusión de información exacta y significativa sobre el ordenante (nombre, dirección y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relacionados que sean enviados, y la información debería permanecer con la transferencia o mensaje relacionado a través de la cadena de pago. Los países deberían tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo remitores de fondos, realicen examen especial y vigilen como actividad sospechosa las transferencias de fondos que no contengan la información completa del ordenante (nombre, dirección y número de cuenta)."*

En consecuencia, de conformidad con esta Recomendación especial las instituciones financieras han de quedar sometidas a una triple obligación:

1) Incluir la información requerida del ordenante cuando realicen una transferencia. Evidentemente, ante la negativa injustificada del ordenante a proporcionar dicha información, la entidad debe abstenerse de ejecutar la operación, comunicándolo a la Unidad de Inteligencia Financiera.

2) Retener la información a través de la cadena de pago. Por analogía con lo dispuesto en la Recomendación 10, la información debería ser conservada por las entidades durante un mínimo de 5 años.

3) Someter a examen especial aquellas transferencias que reciban que no contengan la información requerida. Este examen será automático cuando la transferencia omita todos o alguno de los datos preceptivos, pero aparece como más problemática en el caso de datos manifiestamente falsos. Piénsese, por ejemplo, que como ordenante figure un nombre claramente ficticio (*Mickey Mouse, Napoleón Bonaparte*). Si el sistema informático de la entidad únicamente atiende a que el campo del ordenante esté completado, la transferencia no será sometida a examen especial.

<sup>422</sup> *“Los países deberían revisar la adecuación de las leyes y reglamentos relativos a entidades que pueden ser objeto de abuso para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin ánimo de lucro son particularmente vulnerables, y los países deberían asegurar que no pueden ser usadas indebidamente:*

- a) por organizaciones terroristas que pretendan pasar por entidades legítimas;*
- b) para explotar entidades legítimas como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de eludir medidas de congelación de activos; y*
- c) para esconder u oscurecer el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legítimos hacia organizaciones terroristas.”*

Consecuentemente, la Recomendación especial VIII no se centra exclusivamente en las organizaciones sin ánimo de lucro pues es más genéricamente aplicable a las *entidades* (personas jurídicas) *que pueden ser objeto de abuso para la financiación del terrorismo*. En este sentido, los ejercicios de tipologías del GAFI vienen mostrando en los últimos años una creciente sofisticación de los esquemas de blanqueo de capitales que, con frecuencia, involucran la utilización de complejas estructuras societarias, en muchas ocasiones constituidas en plazas extraterritoriales (*offshore financial centers, OFC*). Esta experiencia es particularmente relevante pues existen evidencias de que los esquemas de financiación del terrorismo no difieren sustancialmente de los que vienen observándose en el ámbito del

Las Recomendaciones especiales del GAFI han sido incorporadas al derecho comunitario a través de distintos instrumentos jurídicos, dado que el Plan de Acción contra el Terrorismo, aprobado por el Consejo Europeo<sup>424</sup>, establece expresamente "la *necesidad* de garantizar que el marco legislativo creado por la Comunidad con el fin de combatir el terrorismo y mejorar la cooperación judicial se adapte a las nueve Recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo adoptadas por el GAFI."

---

blanqueo de capitales. En consecuencia, esta Recomendación implica que las jurisdicciones realicen un examen de su legislación mercantil o civil para evaluar la posible existencia de deficiencias o riesgos, con especial énfasis en las organizaciones sin ánimo de lucro (fundaciones o asociaciones). Particularmente relevante será la falta de información (o de procedimientos efectivos para obtenerla) de las autoridades judiciales o administrativas sobre los propietarios o titulares reales de los instrumentos societarios.

<sup>423</sup> *"Los países deben implantar medidas para detectar el transporte transfronterizo de moneda e instrumentos negociables al portador, incluido un sistema de declaración u otra obligación de revelación. Los países deben asegurar que sus autoridades competentes tienen la autoridad legal para detener o retener la moneda o los instrumentos negociables al portador sospechosos de estar relacionados con la financiación del terrorismo o el blanqueo de capitales, o que sean falsamente declarados o revelados. Los países deben asegurar la disponibilidad de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas para las personas que hagan declaraciones o revelaciones falsas. En los casos en que la moneda o instrumentos negociables estén relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, los países deben adoptar medidas, incluidas las legislativas, que permitan la confiscación de tales moneda o instrumentos."*

<sup>424</sup> El Plan de Acción, adoptado por el Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001, fue revisado tras los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid.

Entre estos instrumentos podemos mencionar el Reglamento (CE) N° 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, que incorpora la Recomendación especial IX, el Reglamento (CE) N° 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos, que adapta la normativa comunitaria a la Recomendación especial VII, y sobre todo la Tercera Directiva (Directiva 2005/60/CE) que, como hemos señalado, incorpora plenamente la financiación del terrorismo a los mecanismos de prevención del blanqueo de capitales.

En este contexto, se hace evidente la necesidad de adecuar al derecho comunitario la vigente legislación española, la cual se caracteriza por su dispersión e incoherencia: así, la Ley 12/2003, de 21 de mayo, sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, reproduce en su artículo 4 las obligaciones de prevención de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, si bien calificándolas en bloque como muy graves (artículo 6.1) y atribuyendo la competencia sancionadora al Ministro del Interior (artículo 6.3). Este sistema, técnicamente muy deficiente<sup>425</sup>,

---

<sup>425</sup> Particularmente extraña resulta la previsión contenida en el artículo 4.2 de la Ley 12/2003: *"En todo caso, las personas y entidades enumeradas en el apartado anterior estarán sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en este artículo y a los demás deberes que sean de aplicación de acuerdo con lo señalado en la Ley 19/1993"*. En relación con este precepto, parece que habría que distinguir: (1) "lo dispuesto en este artículo": resulta anómalo que se proclame expresamente el carácter obligatorio de la propia Ley 12/2003, especialmente a la luz del tenor literal del artículo 4.1, que señala terminantemente que las personas y entidades obligadas "deberán" cumplir una serie de obligaciones; (2) "los demás deberes que sean de aplicación de acuerdo con lo señalado en la Ley 19/1993": no se entiende si la Ley 12/2003 se limita a reiterar la aplicabilidad de la Ley 19/1993 (con lo que se trataría de una previsión superflua) o si "importa en globo" a la Ley 12/2003 los deberes de prevención de la Ley 19/1993 no previstos en el artículo 4.1 (lo que, además de

plantea dos tipos de problemas: (a) En primer lugar, puramente prácticos: la dualidad normativa resulta claramente disfuncional, al someter a los sujetos obligados a dos regímenes de prevención solapados; piénsese, por ejemplo, en la obligación de comunicación de operaciones sospechosas: si el delito precedente es el blanqueo de capitales, procedería su comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.4.a) de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre; por el contrario, si el delito antecedente es la financiación del terrorismo debería procederse por el sujeto obligado a su comunicación a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, ex artículo 4.1.d) de la Ley 12/2003, de 21 de mayo. Esta dualidad, además de incrementar los costes de cumplimiento de los sujetos obligados sin beneficio alguno para el interés público, parece ignorar que, con frecuencia, las entidades intervinientes no estarán en condiciones de identificar con precisión la actividad delictiva subyacente, procediendo a la comunicación meramente por el carácter inusual de la operación o por la concurrencia en la misma de determinados indicadores o parámetros de riesgo. (b) En segundo lugar, la dualidad normativa vigente plantea problemas estrictamente jurídicos pues *idénticas conductas* pueden recibir calificaciones jurídicas diversas en función de la aplicación de una u otra normativa. Así, el incumplimiento de la obligación de establecer procedimientos adecuados de control interno y de comunicación debe ser calificada como infracción grave de conformidad con la Ley 19/1993 (artículo 3.7 en relación con el artículo 5.2) pero deviene infracción *muy grave* si se aplica la Ley 12/2003 (artículo 4.1.h) en relación con el artículo 6.1). Esta “opción sancionadora”, que presenta gran trascendencia punitiva<sup>426</sup>, carece de todo fundamento lógico, al ser las obligaciones de prevención

---

ser técnicamente deficiente, resultaría difícilmente compatible con los principios de legalidad y tipicidad).

<sup>426</sup> Desde el punto de vista pecuniario, la sanción mínima se eleva de 6.000 a 90.000 euros, y la máxima del 1 por 100 al 5 por 100 de los recursos propios. Aún más trascendente

deberes de riesgo abstracto: esto es, para optar por la Ley 19/1993 o por la Ley 12/2003 no puede acudirse al criterio del delito precedente (blanqueo de capitales o financiación del terrorismo) pues el cumplimiento o incumplimiento del sujeto obligado presenta carácter “formal”, siendo ajeno al procedimiento administrativo sancionador la eventual concurrencia o no de un delito sustantivo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo que, en su caso, se sustanciarían ante el orden jurisdiccional penal. En este contexto, la calificación como grave o como muy grave de una determinada conducta dependería de que el procedimiento sancionador se incoara por el Ministerio de Economía (artículo 12 de la Ley 19/1993) o por el Ministerio del Interior (artículo 6 de la Ley 12/2003), conclusión que no cabe sino calificar como contraria a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución.

Consecuentemente, parece imprescindible una reforma legislativa que dote de cierta coherencia al vigente sistema de prevención de la financiación del terrorismo, configurándose como el instrumento natural para realizarlo la norma de transposición de la Tercera Directiva. En este punto, se ha sugerido por ciertos autores<sup>427</sup> la conveniencia de derogar en bloque la Ley 12/2003, de 21 de mayo, incorporando sus previsiones, junto con las relativas al blanqueo de capitales, a un texto legislativo único e “integral”. Sin embargo, la derogación completa de la Ley 12/2003 debe considerarse excesiva por cuanto esta norma legal, como indica su

---

resulta el endurecimiento de la sanción no pecuniaria, pues pasa a ser preceptiva la amonestación pública o la revocación de la licencia para operar (véanse artículos 8 y 9 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre; el artículo 6.1 de la Ley 12/2003 se remite a este régimen al disponer que “el incumplimiento de los deberes previstos en esta ley será considerado infracción muy grave a los efectos previstos en el capítulo II de la Ley 19/1993 y será sancionado conforme a lo que en él se dispone”).

<sup>427</sup> Ésta fue también la posición del Consejo de Estado (dictamen de 19 de noviembre de 2009).

denominación (“ley de *prevención y bloqueo* de la financiación del terrorismo”) regula, además de los aspectos puramente preventivos, la congelación o bloqueo de activos, acto singular que, por su naturaleza, encuentra un acomodo natural en el ámbito del Ministerio del Interior. En este punto, no es ocioso recordar que el derecho comunitario regula en instrumentos normativos distintos los mecanismos de prevención (Directiva 2005/60/CE) y los de congelación o bloqueo (fundamentalmente, Reglamentos 2580/2001 y 881/2002).

Por ello, la disposición final primera del proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo opta por modificar el artículo 4.1 de la Ley 12/2003, de 21 de mayo, que queda circunscrito a la obligación de congelación (“impedir cualquier acto u operación que suponga disposición de saldos y posiciones de cualquier tipo, dinero, valores y demás instrumentos vinculados a movimientos de capitales u operaciones de pago o transferencia bloqueados, a excepción de aquéllos por los que afluyan nuevos fondos y recursos a cuentas bloqueadas”), junto con otros deberes accesorios o complementarios de la misma (fundamentalmente de comunicación del bloqueo a la Comisión de Vigilancia y de no revelación al cliente o a terceros). Consecuentemente, se mantiene la actual dualidad institucional, si bien con la previsión expresa de que “la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo se prestarán la máxima colaboración para el ejercicio de sus respectivas competencias” (artículo 44.4 del proyecto, concordante con el artículo 9.6 de la Ley 12/2003, de 21 de mayo).

Se trata, en definitiva, de una intervención mínima (un “ajuste fino”, si se prefiere) que, no obstante, debe valorarse muy positivamente, al delimitar de forma clara los ámbitos de aplicación de las legislaciones de prevención y de bloqueo, y poner término a las más evidentes disfunciones del régimen vigente.

(2) La consideración del delito fiscal como precedente o subyacente al blanqueo de capitales.

Como hemos señalado anteriormente, aunque inicialmente vinculado de forma exclusiva al tráfico de drogas, en la actualidad, la tendencia casi universal en el derecho comparado se dirige a la ampliación de los mecanismos de lucha contra el blanqueo de capitales a todos aquellos delitos aptos para la generación de activos susceptibles de ingresar en la economía formal.

En este contexto, la Ley 19/2003, de 4 de julio, reformó el artículo 1.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, extendiendo su ámbito de aplicación al “blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años”. Aunque esta previsión suponía incluir en el ámbito de la legislación de prevención un importante número de delitos que, con anterioridad, quedaban excluidos (pues, como recordamos, el primitivo artículo 1.1 limitaba el concepto de delito precedente al tráfico de drogas, al terrorismo y al crimen organizado), sin duda alguna, su efecto *socialmente* más relevante se producía en relación con el delito contra la Hacienda Pública, sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años (artículo 305.1 CP).

Tras la reforma operada, sin embargo, han sido numerosos los autores que han estimado que el delito fiscal no sería conceptual e institucionalmente idóneo para ser calificado como delito precedente al blanqueo de capitales (con la importante consecuencia de que los sujetos obligados no quedarían sometidos<sup>428</sup> al deber de

---

<sup>428</sup> Más aún, de compartirse la tesis de que el delito fiscal no es precedente al blanqueo de capitales (cosa que, como veremos inmediatamente, no hacemos) podría argumentarse incluso que una eventual comunicación sería ilícita y podría dar lugar a responsabilidad del sujeto comunicante, dado que la exención de responsabilidad del artículo 4 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, exige expresamente que la comunicación sea de “buena fe”,



comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera<sup>429</sup> aquellas operaciones de las que tuvieran conocimiento en las que concurrieran indicios o certeza de delito contra la Hacienda Pública, artículo 3.4.a) LPBC). Los argumentos empleados para sostener esta tesis han sido fundamentalmente dos: (1º) las rentas meramente ocultadas a la Hacienda Pública no son “capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito” (como exige el artículo 1.1 LPBC), esto es, no concurre el elemento institucional del “origen delictivo” de los bienes, consustancial al blanqueo de capitales<sup>430</sup> (expresivamente se señala que no se trataría de dinero “negro” sino “gris”); (2º) en segundo lugar, la relación jurídico-tributaria da lugar a

---

pudiendo considerarse que no concurre ésta en la comunicación de conductas que se saben excluidas del ámbito de aplicación de la Ley.

<sup>429</sup> Ha de tenerse en cuenta que la Unidad tiene obligación de colaborar con la Administración tributaria: “El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, así como la Secretaría de ambas comisiones, facilitarán a la Administración tributaria cuantos datos con trascendencia tributaria obtengan en el ejercicio de sus funciones, de oficio, con carácter general o mediante requerimiento individualizado en los términos que reglamentariamente se establezcan” (artículo 94.4 LGT).

<sup>430</sup> “(...) tanto la Fiscalía como la Agencia Tributaria vienen sosteniendo que el dinero correspondiente a la cuota defraudada en el delito contra la Hacienda Pública resulta susceptible de ulterior blanqueo por parte del autor de fraude fiscal previo. Por el contrario, la doctrina científica que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión niega tal posibilidad, afirmando que el dinero dejado de ingresar como consecuencia de la defraudación tributaria no puede ser objeto de blanqueo por no haber accedido nunca a circuitos ilícitos”. Álvarez Feijoo, Manuel, Delito fiscal y blanqueo de capitales, publicado en Legal Today, Ed. Aranzadi, mayo de 2009.

una “deuda” que no puede ser identificada con los “bienes” a que se refiere el artículo 1.2 LPBC (o en el ámbito penal, el artículo 301.1 CP).<sup>431</sup>

En este punto, para abordar de forma sistemática la cuestión parece razonable tratar separadamente las dos modalidades principales de delito fiscal, dado que plantean muy diversas dificultades interpretativas:

(1) La obtención indebida de devoluciones

El artículo 305.1 CP castiga al que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local obteniendo indebidamente devoluciones siempre que el importe de las mismas exceda de 120.000 euros.

Como resulta sabido, el más importante de estos esquemas de defraudación es el denominado “carrusel del IVA”<sup>432</sup> que venía siendo objeto de comunicación por parte de los sujetos obligados, aún antes de la reforma de 2003, con fundamento en

---

<sup>431</sup> En contra de estas tesis se han pronunciado significados penalistas: *“la cuota defraudada es al tiempo un perjuicio para la Hacienda Pública (de lucro cesante habla algún autor) y un beneficio para el defraudador, que en caso de condena vendrá obligado al pago de dicha cantidad en concepto de responsabilidad civil. Esa misma cantidad es el beneficio o provecho económico derivado del delito y por lo tanto susceptible de ser lavado. Por todo lo anterior en tanto se realicen actividades de transmisión, conversión u ocultamiento de dicho provecho, se estará cometiendo un nuevo delito de blanqueo de capitales. Campos Navas, Daniel, Delito fiscal y blanqueo de capitales. El autoblanqueo y posibilidad de ser responsable penal del delito de blanqueo y del delito precedente, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.*

<sup>432</sup> Para un estudio de esta técnica de defraudación, véase “Laundering the Proceeds of VAT Carousel Fraud”, Grupo de Acción Financiera, París, 2007 (disponible en <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/16/3/38335020.pdf>).

el artículo 1.1.c) LPBC (actividades delictivas realizadas por bandas o grupos organizados).

En estos casos, la configuración del delito fiscal como precedente al blanqueo de capitales entiendo que no presenta dificultades especiales: los fondos obtenidos por el defraudador lo son en virtud de la comisión de un delito (precisamente el delito contra la Hacienda Pública en su modalidad de obtención indebida de devoluciones), fondos que, con posterioridad, pueden ser objeto de los actos de ocultación o encubrimiento propios del blanqueo de capitales.

(2) La elusión del pago.

El artículo 305.1 CP castiga asimismo al que, por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos siempre que la cuantía de la cuota defraudada exceda de 120.000 euros.<sup>433</sup>

---

<sup>433</sup> Además de los supuestos de obtención indebida de devoluciones y elusión del pago de los tributos, el artículo 305.1 CP contiene otras conductas típicas, la más importante de las cuales es "la elusión de pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener". Aunque Daniel Campos equipara esta conducta a la obtención indebida de devoluciones ("tanto el que retiene cantidades a cuenta de un impuesto que luego no ingresa, como el que obtiene devoluciones indebidas o el que obtiene una subvención fraudulentamente, consiguen una ganancia perfectamente cuantificable, identificable y susceptible de ser convenientemente reciclada con alguno de los actos previstos en el artículo 301", op. cit. página 26) la cuestión es dudosa, al no haber desplazamiento posesorio de la Administración tributaria al sujeto retenedor, por lo que creo que este supuesto, a efectos de su consideración como subyacente al blanqueo de capitales, resulta asimilable con menor violencia lógica a la elusión del pago de los tributos.

En este punto, a efectos analíticos me parece importante distinguir dos supuestos netamente diferentes:

(a) Rentas ilícitas, esto es, obtenidas por el sujeto pasivo en virtud de la comisión de un delito. Evidentemente, este caso no presenta ninguna dificultad, pues se trata del supuesto prototípico de blanqueo de capitales (cuestiones distintas son los eventuales problemas concursales y la posible tributación de las ganancias ilícitas<sup>434</sup>).

---

<sup>434</sup> El TS se ha mostrado a favor de la tributación de las ganancias ilícitas en el denominado “caso Roldán”: *“(...) el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la ley en detrimento de los respetuosos del derecho, pues no nos encontramos ante «contribuciones de contenido directamente incriminatorio» (STS de 21 de diciembre de 1999, RJ 1999/9436).*

En sentido idéntico, *“el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, careciendo de todo sentido que, mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva, pudiendo además materializarse con tales beneficios inversiones diversas que a su vez van a producir nuevos beneficios, y si se optare por la no tributación del dinero producido por la actividad económica ilegal, se estaría estableciendo una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en esta cadena de inversiones” (SAN de 27 de septiembre de 1994, “caso Nécora”).*

(b) Rentas obtenidas por el sujeto pasivo de forma legítima, que son, no obstante, ocultadas a la Hacienda Pública. Es éste el supuesto auténticamente controvertido y al que se alude primordialmente cuando se niega la idoneidad del delito fiscal para constituir delito precedente al blanqueo de capitales.

El argumento usual (que, tratándose de rentas obtenidas lícitamente, no concurre el requisito institucional del “origen delictivo” de los bienes) no resulta, a mi entender, convincente, si el foco se sitúa no en la renta obtenida por el sujeto pasivo (esto es, en la base imponible) sino en el pago eludido (esto es, en la cuota defraudada). Efectivamente, una vez agotado el periodo fiscal, la cantidad no ingresada, resultante de aplicar la tarifa a la base, permanece en el patrimonio del defraudador en virtud de la comisión de un delito (precisamente el delito contra la Hacienda Pública), siendo susceptible de ulteriores actos de blanqueo de capitales. Se trataría, en consecuencia, de un supuesto de “intervención del título”, siendo el segundo título el delito fiscal.<sup>435</sup>

Desde esta perspectiva, la posesión de la cuota defraudada por el defraudador presenta un “origen ilícito” (artículo 301 CP). En este punto entiendo que resulta particularmente pertinente indicar que los instrumentos jurídicos internacionales definen el “producto del delito” como los bienes de cualquier índole *derivados u obtenidos directa o indirectamente* de la comisión de un delito (artículo 1.p) de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1998 y artículo 2.e) de la Convención de Nueva York de 15 de noviembre de 2000).

---

<sup>435</sup> La “intervención” o mutación del título posesorio supone un cambio en el concepto en que se posee, o lo que es lo mismo, que un sujeto, manteniéndose en la posesión de un objeto, deja de hacerlo bajo el concepto en que lo hacía y pasa a hacerlo bajo otro concepto posesorio distinto.

Por otra parte, si el delito fiscal en su modalidad de obtención indebida de devoluciones presenta claras analogías con la estafa (admitida por la jurisprudencia como precedente al blanqueo de capitales, STS de 19 de diciembre de 2003), en su modalidad de elusión del pago de los tributos se trataría de una situación análoga<sup>436</sup> a la de la apropiación indebida (artículo 252 CP), delito en el que, como ha señalado el Tribunal Supremo, pueden distinguirse dos etapas diferenciadas: la primera se concreta en una situación inicial lícita, en la que se reciben dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble; en la segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima en disposición ilegítima y abusando de la tenencia material de los bienes y de la confianza recibida, dispone de ellos, los distrae de su destino o niega haberlos recibido, es decir, se los apropia indebidamente en perjuicio de quien debiera percibirlos (STS de 27 de noviembre de 1998). De forma similar, en el delito contra la Hacienda Pública, la inicial situación de licitud (por tratarse de rentas obtenidas legítimamente) deviene ilícita respecto de la cuota defraudada tras la expiración del periodo fiscal, debiendo reputarse viciosa su retención por el defraudador, momento a partir del cual los posteriores actos de ocultación o encubrimiento de la cuota defraudada (cuya permanencia en el patrimonio del sujeto pasivo es "ilícita", artículo 301 CP) serán calificables como blanqueo de capitales.

---

<sup>436</sup> Debemos matizar que no hacemos aquí una aplicación analógica *in malam parte*, prohibida con carácter general en materia criminal (artículo 4 CP). Por el contrario, nos limitamos a poner de manifiesto que existen tipos penales no controvertidos (como la apropiación indebida) cuya "mecánica" es análoga a la del blanqueo de capitales en relación con la cuota defraudada. Una verdadera aplicación analógica *in malam parte* se produciría si, no existiendo el artículo 301, pretendiéramos castigar estos supuestos con fundamento en el artículo 252. Aquí, por el contrario, defendemos la aplicabilidad del artículo 301 CP en sus propios términos, si bien recurrimos al artículo 252 como muestra de que se trata de una aplicación que no resulta contraria a los principios ordenadores del derecho penal.

Ciertamente, puede argumentarse que en el caso de la elusión del pago de tributos, a diferencia del supuesto ordinario de la apropiación indebida, no se ha producido un previo desplazamiento posesorio de la Administración tributaria al sujeto pasivo, habiéndose mantenido en todo momento en posesión de éste la renta obtenida y, consiguientemente, la cuota defraudada. Sin embargo, cabe recordar que es doctrina jurisprudencial consolidada que la apropiación indebida no requiere la “amotio” o traslado material del numerario (STS de 24 de diciembre de 1986, RJ 1986/7990), pudiendo reconducirse estos supuestos a la figura de la “*constitutum posesorium*”<sup>437</sup>: se trataría de una situación análoga a la del empleador que se apropia<sup>438</sup> de las retenciones tributarias<sup>439</sup> o de las cuotas sociales<sup>440</sup>, casos en los

---

<sup>437</sup> “(...) en nuestro Ordenamiento Jurídico la «traditio» puede no ser material, hallándose admitida la instrumental o simbólica y la convencional, bajo las dos modalidades, «*brevi manus*» y «*constitutum posesorium*» cuyo último supuesto es el de autos, en cuanto que el empresario se halla en posesión del dinero a título de dueño y en virtud de la retención se transforma la posesión de la cantidad retenida que de posesión a título de dueño pasa a ser poseedor de cosa ajena, pues en los dos aludidos supuestos, «*brevi manus*» y «*constitutum posesorium*» no hay desplazamiento material del «*corpus posesionis*» sino que por un acto de voluntad o de disposición legal, cambia el signo del título en virtud del cual se posee, pasando, en el primer caso, a poseer a título de dueño lo que ya se poseía aunque en virtud de un título menor a la inversa de lo que se produce en el segundo, siendo de observar, que cuando de dinero se trata, dado el carácter de cosa fungible que le caracteriza, la posesión, salvo excepciones, recae sobre un valor y no sobre una cosa concreta y tangible” (STS de 24 de diciembre de 1986, RJ 1986/7990).

<sup>438</sup> “(...) el procesado devino, a través de las retenciones, en depositario de unos fondos que debía entregar a tercero, y luego, en provecho propio y perjuicio de tercero, transformó aquella lícita posesión inicial en una propiedad antijurídica (o si se prefiere, se apropió del objeto, incorporándolo definitivamente a su patrimonio), con lo que se dan todos los requisitos del delito previsto en el artículo 535 del Código Penal” (STS de 23 de octubre de 1989, RJ 1989/7740).

---

<sup>439</sup> "(...) de los hechos declarados probados, a los que necesariamente nos hemos de ceñir, se infiere la concurrencia, en la actuación del agente, de todos y cada uno de los requisitos que el artículo 535 del Código Penal exige para entenderse cometido ese delito, cual son, en esencia: haber recibido una cantidad de dinero, en este caso importante, en calidad de depositario, administrador, etc., o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla; no haber hecho entrega en su momento oportuno de ese numerario a su legítimo propietario; y todo ello en propio beneficio (enriquecimiento injusto) y en lógico perjuicio del tercero afectado por la apropiación. Y esto es lo que, en síntesis, realizó el inculpado, ya que: a) Como titular de una empresa en la que trabajaban diversos empleados, tenía, al mismo tiempo, por mandato legal, la cualidad de depositario o gestor (la denominación es indiferente) de las retenciones que pagaban sus empleados como tributarios a la Hacienda Pública. b) En tal cualidad, tenía la obligación (obvio es decirlo) de entregar puntualmente esas cantidades retenidas a su verdadero destinatario y único acreedor. c) No lo hizo así, apropiándose inicialmente, en beneficio propio y en perjuicio de ese legal destinatario, de las correspondientes sumas dinerarias" (STS de 25 de septiembre de 1990, RJ 1990/7238).

<sup>440</sup> "Que, como ya resaltó la sentencia de este Tribunal de 21 diciembre 1978 (RJ 1978/4241), cuando un patrono o empresario hace efectivos los sueldos o salarios de sus obreros o empleados, y, de ellos, y en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación laboral (...), retiene, deduce o descuenta las cantidades correspondientes a las cuotas de los seguros sociales que ulteriormente ha de ingresar en el Instituto Nacional de Previsión, se opera, respecto a dichas sumas, un fenómeno de interversión del título de poseer, en cuya virtud, la posesión emanada del dominio que el empresario tenía primitivamente sobre las referidas cantidades, se trueca en posesión derivada del mandato -«gestión intermediaria» según denominación de la sentencia de este Tribunal de 17 febrero 1977 ( RJ 1977/522 )- o del depósito, títulos que, atribuyendo al mandatario o depositario la simple tenencia pero no la propiedad sobre el dinero cuestionado, conllevan y determinan que se haya de entregar necesariamente y sin demora a la entidad mencionada; de todo lo cual se infiere que, siendo cierto que sólo la apropiación de lo ajeno puede generar el delito definido en el art. 535 del C. P., también lo es, que, adquirida la posesión del dinero destinado al pago de las cuotas de los seguros sociales por virtud de «*constitutum possessorium*», tratándose de un



que, no obstante no haber abandonado los fondos en ningún momento la posesión de aquél (pues el abono a los trabajadores en nómina se produce con deducción de las cantidades a ingresar a la Seguridad Social o a la Hacienda Pública), el Tribunal Supremo condenaba por apropiación indebida.<sup>441</sup>

En cuanto al segundo argumento de los detractores de la idoneidad del delito fiscal como precedente al blanqueo de capitales (que la relación jurídico-tributaria no genera “bienes” sino una mera “deuda” a favor de la Hacienda Pública), resulta aún menos convincente, dada la amplitud con que se define en los instrumentos internacionales el concepto de “bienes” (“activos de cualquier tipo, corporales o *incorporales*, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”, artículo 1.q) de la Convención de Viena y artículo 2.d) de la Convención de Nueva York). Consecuentemente, la cuota defraudada, como derecho de crédito en

---

*patrimonio adscrito a un fin y habiéndose perdido el antiguo dominio recayente sobre el mismo, el empresario que, lejos de darle el destino legalmente prevenido, toma para sí, se adueña o incorpora a su patrimonio las cantidades detraídas o descontadas de los salarios o les da un destino distinto al debido, se convierte en sujeto activo del delito estudiado, toda vez que concurre: a) naturaleza mobiliaria del dinero; b) posesión del mismo adquirida legítimamente en virtud de título que produce «ex lege» la obligación de entregarlo a determinada persona jurídica; c) aprovechamiento de las facilidades comisivas que dicha tenencia depara; d) transmutación o transformación de la legítima posesión en antijurídico dominio, o, al menos, asunción de un «ius disponendi» que sólo al propietario incumbe; e) perjuicio para éste o para un tercero; y f) ánimo de lucro propio o ajeno” (STS de 23 de junio de 1980, RJ 1980/2647).*

<sup>441</sup> En la actualidad, estas conductas han sido objeto de tipificación específica, siendo penadas por la vía de los artículos 305 (retenciones tributarias) y 307 (cuotas sociales).

favor de la Hacienda Pública, encaja sin violencia lógica en el concepto de “bienes” (susceptibles de ulterior blanqueo) en su modalidad de bien o activo “incorporal”.<sup>442</sup>

Hasta aquí la cuestión a la vista de la legislación vigente. Sin embargo, en este contexto, el proyecto de ley de prevención da un vuelco al debate doctrinal: su artículo 1.2 al incorporar la definición de “bienes” de la Tercera Directiva (“todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluida la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos”, artículo 3.3) ha introducido expresamente entre los mismos “la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública”. Esta inclusión se completa con un importante matiz técnico: el concepto de “bienes procedentes de una actividad delictiva” se entiende referido a “todo tipo de activos cuya adquisición o *posesión* tenga su origen en un delito”, con lo que quedan explícitamente cubiertos los supuestos de “elusión del pago”, en los que la cuota defraudada continua *en posesión* del sujeto pasivo como consecuencia de la comisión del tipo penal del artículo 305.1 CP (esto es, en tales casos la cuota

---

<sup>442</sup> El Código Civil, al clasificar los bienes (Título I del Libro II, artículos 333 a 347), no menciona la categoría los “bienes incorporales”. No obstante, regula su tradición al disponer en su artículo 1464 que “respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1462” (esto es, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario). Sin embargo, a pesar del (relativo) silencio del Código, la jurisprudencia es unánime al considerar que la categoría de los bienes “incorporales” incluye los derechos de crédito: “la cesión de créditos se configura como una compraventa especial, caracterizada por su contenido de cosas incorporales” (STS de 12 de noviembre de 1992, siguiendo la Sentencia del mismo Tribunal de 1 de julio de 1949); “un crédito, como bien incorporal, no es susceptible de aquellas actividades” (STS de 4 de diciembre de 2006, RJ 2007/236).

retenida es un bien “procedente de una actividad delictiva”, elemento institucional del blanqueo de capitales, en tanto su posesión, tras la expiración del periodo fiscal, tiene su origen en un delito).

Esta orientación ha sido objeto de inmediata crítica desde ciertos sectores de la abogacía por estimar que supondría la integración, por vía de ley ordinaria, del tipo penal contenido en el artículo 301 CP<sup>443</sup>.

En este punto, sin embargo, creo que deben distinguirse dos cuestiones, relacionadas pero independientes: (1ª) la viabilidad jurídica de la concreta previsión contenida en el artículo 1.2 del proyecto y (2ª) la conveniencia u oportunidad de que el legislador ordinario intervenga en el debate existente.

En relación con la primera, entiendo que no existen dudas respecto de la aptitud de la ley ordinaria para incorporar una definición autónoma de “bienes” a efectos de prevención del blanqueo de capitales. Así, lo hace la Directiva (artículo 3.3), que no es una norma penal, y nada impide que el legislador ordinario español aclare, concrete o incluso extienda, al amparo del artículo 5 de la Directiva, tal definición. Efectivamente, el artículo 1.2 del proyecto delimita el concepto de “bienes” expresa y exclusivamente “a los efectos de esta ley”, por lo que no se produce, entiendo, vulneración alguna del principio de reserva de ley orgánica en materia penal

---

<sup>443</sup> “(...) no es descartable que la pretensión de utilización de esta herramienta pueda verse finalmente atenuada por un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su función de intérprete último de las normas que afectan a derechos fundamentales; no solo por la eventual intromisión de una Ley no orgánica en el presupuesto de hecho de una norma penal (en este caso en el presupuesto de hecho del delito fiscal, donde la obligación tributaria es previa a la comisión del hecho delictivo), sino también por el uso de una norma extrapenal para la imposición de una *fictio iuris* a modo de interpretación auténtica.” Álvarez Feijoo, Manuel, Delito fiscal y blanqueo de capitales, publicado en Legal Today, Ed. Aranzadi, mayo de 2009.

(artículo 81 CE). Cuestión distinta es que, con arreglo al principio de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, esta previsión puede ser tenida en cuenta por los Tribunales en la aplicación de la legislación penal.

En relación con la segunda cuestión, se trata de una opción de política legislativa, o si se prefiere, de oportunidad: por mi parte creo que resulta acertado que en aquellos puntos de derecho que son (interesadamente o no) controvertidos, el Gobierno, en el ejercicio de su competencia de iniciativa legislativa, interese de las Cortes Generales la aclaración de la cuestión en los términos que se entiendan más convenientes para el interés general. En este punto es importante recordar que la "seguridad jurídica" es un principio constitucional (artículo 9.3), por lo que no resulta razonable, creo, oponerse a la clarificación de un punto de derecho que se pretende oscuro (cuestión distinta es que la solución legislativa sea del agrado de quienes preferirían mantener cierta "indefinición").

Habiendo examinado los principios inspiradores del proyecto, pasamos a continuación a analizar las previsiones del mismo en relación con (1) los deberes de prevención de los sujetos obligados, y (2) la organización institucional responsable de la dirección e impulso de esta política pública.

#### **(1) Las obligaciones de prevención**

El núcleo del proyecto lo constituye, como resulta lógico, la regulación de los deberes de prevención de los sujetos obligados, que se reconducen a tres grandes categorías: debida diligencia (capítulo II, artículos 3 a 16), obligaciones de información (capítulo III, artículos 17 a 25) y medidas de control interno (capítulo IV, artículos 26 a 33).

##### **(a) La debida diligencia**

La debida diligencia se configura como un proceso integrado por cuatro obligaciones: (i) la identificación formal, (ii) la identificación del titular real, (iii) la obtención de información sobre el propósito e índole de la relación de negocios y (iv) el seguimiento continuo.

(i) La identificación formal se regula en el artículo 3 que, a diferencia de la Directiva (artículo 8.1.a), no limita la obligación al “cliente”, concepto éste de difícil concreción, sino que la extiende a “cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones”. Con ello se cubre la identificación de aquellos intervinientes que, no obstante no mantener una relación contractual con el sujeto obligado, pueden ser relevantes desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales (piénsese, por ejemplo, en la persona que realiza un abono por ventanilla en cuenta de un tercero).

Por otra parte, bajo la vigencia de la ley actual, se ha discutido extensamente si la identificación (artículo 3.1 LPBC) es una obligación de mera actividad o de resultado, cuestión que resuelve definitivamente el párrafo segundo del artículo 3.1 del proyecto al disponer que “en ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas”. Esta disposición se completa con la prohibición de la apertura, contratación o mantenimiento de cuentas, libretas, activos o instrumentos numerados, cifrados, anónimos o con nombres ficticios, previsión ésta más estricta que la contenida en el artículo 6 de la Directiva.<sup>444</sup>

---

<sup>444</sup> Como veremos más adelante, al tratar del secreto bancario, las cuentas cifradas o numeradas son aquellas en las que la identidad del cliente es únicamente conocida por la alta dirección de la entidad, operando los empleados con un código asignado a cada titular. Estas cuentas han sido defendidas por razones de seguridad (especialmente en aquellos países en los que existe una activa industria del secuestro) y/o de privacidad (en relación con clientes de elevado perfil público, pues el conocimiento de su operativa bancaria puede

Conceptualmente distinta de la identificación (esto es, de la obtención de los datos identificativos) es la verificación de la identidad (artículo 3.2), aunque, ordinariamente, ambas se practicarán simultáneamente mediante la exhibición de documentos “fehacientes”, cuya determinación se realizará por vía reglamentaria (rigiendo, entretanto, por ministerio de la disposición transitoria primera<sup>445</sup>, el artículo 4 RPBC). En este punto, el proyecto es nuevamente más riguroso que la Directiva, la cual se limita a prever que la comprobación de la identidad del cliente se realice “sobre la base de documentos, datos o informaciones obtenidas de fuentes fiables e independientes” (artículo 8.1.a). El fundamento de esta previsión se encuentra en la existencia en la Unión Europea de Estados que, como el Reino Unido, carecen de un documento nacional de identidad, expedido con carácter de generalidad por las autoridades públicas, lo que obliga a los sujetos obligados a recurrir a “formas indirectas” de identificación (así, la práctica bancaria británica admite la acreditación del domicilio de los clientes mediante documentos como los recibos del gas o de la electricidad). Por el contrario, en España está plenamente establecida en la práctica comercial la identificación mediante documentos públicos (DNI o pasaporte en el caso de las personas físicas, documentos notariales o certificaciones registrales en el supuesto de personas jurídicas), por lo que resulta

---

poner de manifiesto aspectos de su vida privada). Sin embargo, se trata de un instrumento que (i) no es común en la práctica bancaria española, (ii) que presenta claros riesgos desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales), y (iii) cuyas finalidades legítimas pueden obtenerse mediante otros procedimientos de gestión (por ejemplo, limitando el acceso a la información de los clientes de especial relevancia a determinadas categorías de empleados).

<sup>445</sup> “Hasta la entrada en vigor de sus disposiciones reglamentarias, la presente ley se entenderá desarrollada por el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y sus normas de desarrollo, que continuarán vigentes en cuanto no resulten incompatibles con aquella.”

razonable limitar a los medios de verificación de la identidad a aquellos que tengan legalmente la condición de fehacientes.<sup>446</sup>

Como regla general, la identificación y verificación de la identidad de los intervinientes deberá practicarse “con carácter previo” al establecimiento de la relación de negocios o la ejecución de la operación. No obstante, como excepción (artículo 3.3) se permite que comprobación de la identidad del beneficiario del seguro de vida se verifique con posterioridad a la celebración del contrato, siempre que se haga en todo caso con carácter previo al pago de la prestación o al ejercicio de los derechos de rescate, anticipo o pignoración conferidos por la póliza. El fundamento de esta excepción es doble: (1) por un lado, desde el punto de vista práctico, el asegurador se encuentra en el momento del reembolso en una posición favorable para exigir al beneficiario la acreditación de ciertos extremos; (2) desde el punto de vista operativo, el blanqueo de capitales no se perfecciona o culmina sino en el instante en que el asegurador abona la prestación o indemnización al asegurado (momento en que las primas, potencialmente derivadas de actividades delictivas, se reintegran al tráfico económico).

(ii) La segunda de las obligaciones de debida diligencia la constituye la identificación del titular real (artículo 4).

La locución castellana “titular real” incorpora el concepto anglosajón del “beneficial owner”, institución ésta procedente del derecho de equidad<sup>447</sup> que designa a la

---

<sup>446</sup> De conformidad con el artículo 9.1 de la LO 1/1992, “todos los españoles tendrán derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, que gozará de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las Leyes, y que tendrá, por si solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas”, y según el DRAE, acreditar es “dar testimonio en documento fehaciente”.

persona que en cuyo interés se administra un bien o activo cuya propiedad “formal” ha sido transmitida a un tercero. Consecuentemente, el “beneficial owner” es un “propietario” (o, más propiamente en nuestro derecho, un titular) meramente económico, no jurídico, que no aparece formalmente en las relaciones contractuales que se establecen con terceros (sin perjuicio de que aquél disponga de acciones personales contra el titular formal en caso de que este administre o disponga de los bienes en su perjuicio).

Aunque la identificación del titular real constituye ciertamente uno de los deberes de prevención de más difícil cumplimiento (especialmente en aquellos casos en que existe una “cadena” de titularidades), resulta imprescindible su exigencia legal por dos tipos de motivos: (1) en primer lugar, de política criminal: toda la normativa de prevención del blanqueo de capitales resultaría inútil (e ilusoria su finalidad esencial de detectar e impedir la penetración de capitales delictivos en el sistema económico) si para eludir los deberes de conocimiento del cliente bastara el simple expediente de constituir una sociedad mercantil o de emplear a un testaferro; (2) en segundo lugar, de política financiera: es el cliente real o final el que plantea riesgos de reputación (si una entidad financiera está, por ejemplo, administrando fondos de una organización terrorista, resultará probablemente indiferente para la opinión pública que los mismos no se encuentren formalmente a nombre de ETA o Al-Qaeda).

En este contexto, el artículo 4.2 del proyecto, en línea con el artículo 3.6) de la Directiva, define el concepto de titular real, distinguiendo tres posibilidades:

---

<sup>447</sup> “(Beneficial owner is) one recognized in equity as the owner of something because use and title belong to that person, even though legal title may belong to someone else”. Bryan a. Garner (Editor in Chief), Black's Law Dictionary, Ed. West Group, St. Paul (Minnesota), 1999.



1º) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones (artículo 4.2.a). Son estos los casos en los que el titular “formal” actúa por cuenta de terceros, pero en su propio nombre (supuesto que debe distinguirse netamente de la representación legal o voluntaria, en la que el representante actúa en nombre y por cuenta del representado)<sup>448</sup>. Para facilitar la detección de estos supuestos, el proyecto establece dos obligaciones, a practicar en momentos sucesivos<sup>449</sup>: (i) En primer lugar, los sujetos obligados deberán recabar de los clientes información para determinar si éstos actúan por cuenta propia o de terceros (inciso primero del artículo 3.3). Este precepto, que constituye una novedad del proyecto, impone, en consecuencia, una obligación o deber general (aplicable a todos los clientes), si bien de mera actividad (únicamente se exige al sujeto obligado que recabe la información del cliente, esto es, que le cuestione sobre este punto<sup>450</sup>, pero sin

---

<sup>448</sup> En la representación legal o voluntaria el representado no es el “titular real” sino el cliente “formal” o “directo”, siendo aplicables al mismo todas las previsiones de debida diligencia sin especialidad alguna, sin perjuicio de la preceptiva identificación del representante y de la aportación de los documentos que acrediten la existencia y extensión de la representación (véase el artículo 3.2 del vigente Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre).

<sup>449</sup> Aunque el proyecto no lo señala expresamente, estas dos obligaciones se practicarán sucesivamente: (1) la primera (recabar del cliente información para determinar si actúa por cuenta propia o de tercero) se realizará con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios, en el proceso de aceptación del cliente (véase, artículo 26); (2) la segunda (recabar la información precisa sobre el titular real cuando existan indicios o certeza de que el cliente no actúa por cuenta propia), se verificará posteriormente, durante la relación de negocios, cuando, como consecuencia del seguimiento continuo (artículo 6), se ponga de manifiesto la concurrencia de tales indicios o certeza.

<sup>450</sup> En la práctica internacional, esta exigencia regulatoria se cubre mediante una casilla específica en el formulario de apertura de cuenta.

responder de la veracidad o exactitud de la información proporcionada por el cliente y sin que resulte exigible el desarrollo de ulteriores actividades de comprobación).

(ii) En segundo lugar, una vez establecida la relación de negocios, cuando existan (o más propiamente, cuando surjan) indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia (en particular, por no resultar coherente la operativa observada con el conocimiento que de su actividad económica o profesional tenga el sujeto obligado<sup>451</sup>) los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos (inciso segundo del artículo 3.3, concordante con el vigente artículo 3.1 LPBC). Se trata aquí, por el contrario, de una obligación de resultado: el sujeto obligado recabará “la información *precisa* a fin de conocer la identidad” del titular real y, no resultándole posible, deberá poner fin a la relación de negocios, procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el artículo 17 (artículo 7.3). Ello resulta lógico pues en caso contrario, el sujeto obligado mantendría su operativa con el titular “formal” no obstante la concurrencia de un titular real no identificado, en contradicción con la previsión general del artículo 4.1 (“los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones”).

2º) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por 100 del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica (artículo 4.2.b). Al servicio de la identificación de este titular real se establece la obligación de adoptar medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las

---

<sup>451</sup> Este será el supuesto más normal, pero pueden existir otros: piénsese, por ejemplo, en los casos en que el sujeto obligado tenga conocimiento de que el cliente es un intermediario profesional, que opera en su giro o tráfico por cuenta de terceros.

personas jurídicas (párrafo primero del artículo 4.3), obligación que debe considerarse de resultado tanto por la exigencia de que las medidas sean “adecuadas” (no meramente razonables, como en el artículo 5) como por la prohibición explícita de que los sujetos obligados establezcan o mantengan relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse (inciso primero del párrafo segundo del artículo 3.4).

En este contexto, el anteproyecto contenía una previsión que fue objeto de una intensa polémica al disponer que “los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador” (inciso primero del párrafo segundo del artículo 3.4). Esta prohibición (cuya vulneración constituía infracción grave, artículo 50.1.y) era ciertamente susceptible de crítica desde diversos puntos de vista: (1) en primer lugar iba más lejos que los estándares internacionales (pues el GAFI se limita a exigir medidas apropiadas para evitar el abuso de las acciones al portador<sup>452</sup>) y que la propia Directiva (cuyo artículo 3.6 reconoce implícitamente su admisibilidad); (2) en segundo lugar, cabe la posibilidad de medidas menos radicales que la prohibición que, no obstante, asegurarían igualmente el conocimiento del titular real (a título de ejemplo, el depósito obligatorio de los títulos en una entidad de crédito o notario); (3) en tercer lugar, las acciones al portador son

---

<sup>452</sup> Recomendación 33: “Countries should take measures to prevent the unlawful use of legal persons by money launderers. Countries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities. In particular, countries that have legal persons that are able to issue bearer shares should take appropriate measures to ensure that they are not misused for money laundering and be able to demonstrate the adequacy of those measures. Countries could consider measures to facilitate access to beneficial ownership and control information to financial institutions undertaking the requirements set out in Recommendation 5”.

un instrumento legítimo, reconocido por la legislación mercantil al disponer expresamente el artículo 52.1 LSA que “las acciones representadas por medio de títulos podrán ser nominativas o al portador”, no obstante lo cual, la previsión del artículo 3.4 del anteproyecto, dada la amplitud con que están definidos los sujetos obligados (artículo 2.1), suponía de facto su prohibición; (4) finalmente, las acciones al portador pueden cumplir funciones útiles en el tráfico mercantil, debiendo estimarse suficientes las limitaciones a su transmisibilidad impuestas por la disposición adicional tercera de la Ley del Mercado de Valores (intervención de fedatario público o participación o mediación de una sociedad o agencia de valores o de una entidad de crédito), que, en la práctica, suponen que las llamadas “acciones al portador”, no obstante su denominación, no se transmiten en el derecho español por la mera entrega o tradición (artículo 545 del Código de Comercio).

No obstante el acierto de estas críticas, y aunque no puede negarse que la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas hubiera sido probablemente el cauce más adecuado para afrontar esta reforma, la ley de prevención no resulta, en mi opinión, un vehículo completamente irrazonable para limitar un instrumento jurídico cuyos riesgos en relación con el blanqueo de capitales han puestos de manifiesto por organizaciones internacionales como la OCDE<sup>453</sup>, el FMI<sup>454</sup> o el GAFI. En este contexto, las previsiones de la Ley del Mercado de Valores, aunque positivas, se han mostrado insuficientes para asegurar el conocimiento de los

---

<sup>453</sup> “(...) in certain jurisdictions and in certain commercial context, the high level of anonymity that bearer shares provide make them attractive for nefarious purposes, such as money laundering, tax evasion and other illicit conduct, specially when they are issued by private limited companies”. *Behind the Corporate Veil. Report on the Misuse of Corporate Vehicles for Illicit Purposes*, OCDE, París, 2001, página 30.

<sup>454</sup> Véase el párrafo 37 del *Report on the Observance of Standards and Codes (ROSC)* de 2007.

verdaderos titulares de estas acciones (dada la inexistencia de un registro central que permita determinar a través de qué notario, ESI o entidad de crédito se ha verificado la transmisión).

Por otra parte, los efectos de una eventual prohibición de las acciones al portador sobre el tráfico mercantil podían presumirse limitados por cuanto: (1) únicamente afectaría a las sociedades anónimas y, dentro de éstas, exclusivamente a aquellas que hubieran emitido títulos físicos; quedarían fuera, en particular, las sociedades de responsabilidad limitada (con mucho, el tipo más frecuente de sociedad mercantil), en la medida en que los títulos representativos de su capital son participaciones, no acciones (artículo 5 LSRL), y las sociedades cotizadas, dado que sus valores han de estar representados mediante anotaciones en cuenta (artículo 5 LMV en relación con el artículo 122 RRM); (2) la prohibición no sería aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta (artículo 4.4), previsión necesaria pues, en otro caso, los notarios y registradores (sujetos obligados de conformidad con el artículo 2.1.n) no podrían autorizar e inscribir, respectivamente, la indicada conversión de los títulos; (3) se establecía en el anteproyecto un amplísimo plazo de *vacatio* de tres años (disposición final sexta) para facilitar la adaptación al nuevo régimen legal.

Ello no obstante, el proyecto aprobado por el Consejo de Ministros ha rectificado parcialmente en este punto al anteproyecto al disponer que la prohibición de establecer o mantener relaciones de negocio con sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador se aplicará “salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de control”. Se trata de una solución razonable pues, sin perjuicio de consagrar, en vía de principio, la prohibición, se permite mantener la operativa con aquellas sociedades cuya estructura accionarial sea transparente para el sujeto obligado (téngase en cuenta que se exige, no adoptar meramente “medidas razonables”, sino “determinar” la

estructura, lo que configura una obligación de resultado, no de mera actividad, para excepcionar la prohibición legal).

3º) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por 100 o más de los bienes de una persona o instrumento jurídicos que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos (artículo 4.2.c).

Finalmente, este tercer supuesto de titular real trata de cubrir los casos de "patrimonios finalistas" (como la fundación<sup>455</sup> en el derecho continental o el "trust" en el anglosajón), y ello con independencia de que tengan reconocida o no personalidad jurídica (los "trusts", a diferencia de a fundación continental<sup>456</sup>, no son personas jurídicas).

En este punto, creo que resulta particularmente interesante la previsión contenida en el artículo 7.4 del proyecto, de conformidad con el cual "los sujetos obligados aplicarán las medidas de diligencia debida establecidas en este capítulo a los fideicomisos ("trusts") u otros instrumentos jurídicos o masas patrimoniales que, no obstante carecer de personalidad jurídica, puedan actuar en el tráfico económico". Esta regulación constituye una necesidad por cuanto el "trust" anglosajón, aunque

---

<sup>455</sup> Artículo 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre: *"Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general."*

<sup>456</sup> Artículo 4.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre: *"Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones"*.

no reconocido en el derecho español<sup>457</sup>, puede operar en el nuestro tráfico económico, debiendo los sujetos obligados distinguir el cliente que actúa por cuenta propia del fiduciario ("trustee") que administra o gestiona profesionalmente un patrimonio.

(iii) El tercero de los deberes en materia de diligencia debida la constituye la obtención por el sujeto obligado de información sobre el propósito e índole de la relación de negocios (artículo 5 del proyecto, concordante con el artículo 8.1.c) de la Directiva).

En este punto, el proyecto ha concretado los términos extraordinariamente vagos de la Directiva al conectar este deber con la obligación de conocimiento del cliente que ya venía exigiendo nuestra legislación (artículo 3.1 LPBC); consecuentemente, el artículo 5 del proyecto, tras disponer que "los sujetos obligados obtendrán información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios", añade:

---

<sup>457</sup> Podría discutirse si el "trust" es admisible en el derecho español con fundamento en el principio de libertad de contratación (artículo 1255 CC). Sin embargo, lo que hace viable al "trust" en el mundo anglosajón no es su mera admisibilidad, sino el reconocimiento y protección que le brinda el derecho: es precisamente la acción en equidad que se concede al fideicomitente ("settler") contra el fiduciario ("trustee") en caso de éste se desvíe de los términos del "trust" (establecidos en la "trust letter") lo que permite confiar en este instrumento jurídico.

En el derecho español, el "trust" podría articularse como un único negocio jurídico, integrado por dos contratos vinculados: un contrato traslativo real (en cuya virtud el fideicomitente transmite al fiduciario los bienes de forma perfecta), combinado con un contrato meramente personal en el que el fiduciario se obliga a administrarlos en los términos establecido por el fideicomitente o destinarlos a los fines establecidos por éste. Sin embargo, esta construcción proporciona escasa protección al fideicomitente en caso de que el fiduciario trasmita fraudulentamente los bienes a un tercero o aquéllos sean trabados por un acreedor personal del fiduciario.

“En particular, los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información.” Sorprendentemente, la Directiva no exige expresamente una política de conocimiento del cliente (“know your customer”, KYC), a pesar de ser ésta reconocida internacionalmente como la clave de bóveda de la prevención del blanqueo de capitales. Ello resulta aún más chocante por cuanto la propia Directiva parece dar por supuesta tal política: su artículo 8.1.d), al regular el seguimiento continuo de la relación de negocios (véase *infra*), establece que su finalidad es la de garantizar que las transacciones “coincidan con el *conocimiento* que tengan la entidad o persona del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo”, a pesar de que tal “conocimiento” no viene exigido expresamente en precepto alguno de la propia Directiva.

En este contexto, resulta plenamente razonable la opción del proyecto de reconducir la genérica previsión de obtención de información sobre el propósito e índole de la relación de negocios hacia la obligación, ya conocida y aplicada por los sujetos obligados, de conocimiento del cliente, en términos sustancialmente análogos a los de la legislación vigente. Ello se completa con la exigencia de una política de aceptación (artículo 26.1)<sup>458</sup> que permita categorizar los clientes por niveles de riesgo y adoptar medidas de conocimiento consistentes con los distintos perfiles.

---

<sup>458</sup> “Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán una política expresa de admisión de clientes. Dicha política incluirá una descripción de aquellos tipos de clientes que podrían presentar un riesgo superior al riesgo promedio en función de los factores que determine el sujeto obligado de acuerdo con los estándares internacionales aplicables en cada caso. La política de admisión de clientes será gradual, adoptándose precauciones reforzadas respecto de aquellos clientes que presenten un riesgo superior al riesgo promedio.”



(iv) Finalmente, el cuarto de los deberes de diligencia debida es el de aplicar medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos, y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados (artículo 6. concordante con el artículo 8.1.d) de la Directiva.

Esta obligación presenta ciertos puntos de contacto con el deber de examen especial (artículo 17 del proyecto, concordante con el artículo 20 de la Directiva), no faltando quienes estiman que se trata de preceptos redundantes. Sin embargo, se trata de obligaciones diferentes, tanto por su objeto como por su alcance: (1) en primer lugar, la obligación de seguimiento continuo del artículo 6 tiene por objeto la completa operativa del cliente, mientras que el examen especial se centra en determinados hechos u operaciones, en los que puede intervenir una pluralidad de clientes o de terceros; o en otros términos, el seguimiento continuo se centra en el cliente, mientras que el examen especial tiene una base transaccional; (2) en segundo lugar, el deber del artículo 6 presenta un carácter general o normal, disociado de todo elemento específico de riesgo, mientras que el deber de examen especial exige necesariamente ex artículo 17 que el hecho u operación objeto del mismo esté potencialmente relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Ciertamente, ambos deberes operan en íntima conexión por cuanto el seguimiento continuo está orientado precisamente a generar operaciones susceptibles de ser sometidas a examen especial (aquéllas en las que se aprecie falta de coincidencia con el perfil de riesgo del cliente); no obstante, esta conexión no es unívoca, en la medida en que el examen especial puede venir impuesto por la concurrencia de elementos o indicadores de riesgo ajenos al seguimiento continuo de la relación de negocios (específicamente aquéllos de tipo

estrictamente transaccional, esto es, derivados de las características intrínsecas de la operación: volumen, medios de pago, complejidad, etcétera).

Analizadas las obligaciones de debida diligencia, pasaremos a analizar su aplicación, tanto por los propios sujetos obligados (artículo 7), como por terceros (artículo 8).

**(i) Aplicación de las medidas de diligencia debida por los sujetos obligados**

Constituye éste el supuesto normal, siendo admisible que los sujetos obligados determinen el grado de aplicación de las medidas de diligencia debida en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación (artículo 7.1). No obstante, el criterio del riesgo es sometido por el proyecto a una serie de limitaciones o cautelas: (1º) en primer lugar, no resulta permisible en relación con la identificación formal (artículo 3) que, en todo caso, es preceptiva con independencia del nivel de riesgo (así resulta negativamente del artículo 7.1 que únicamente permite su aplicación a las “medidas establecidas en los artículos 4, 5 y 6”); en este punto el proyecto es ciertamente más exigente que la Directiva que, al consagrar el criterio del riesgo en el artículo 8.2, no excepciona expresamente su aplicación respecto de la identificación formal (artículo 8.1.a); no obstante, la exclusión que hace el proyecto del criterio del riesgo en relación con la identificación formal resulta consistente con la prohibición general impuesta a los sujetos obligados por el artículo 3.1 de mantener relaciones de negocio o realizar operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas; por otra parte, siendo la identificación una obligación “formal” no susceptible de graduación (se identifica o no se identifica a un cliente) resulta imposible cohonestar la aplicabilidad a la misma del criterio del riesgo con la previsión de la propia Directiva de que los sujetos obligados “aplicarán cada uno de los requisitos del apartado 1 sobre diligencia debida con respecto al cliente” (pues una vez aplicado el artículo 8.1.a) e identificado el cliente no cabe ulterior

graduación); resulta por ello más razonable la opción del proyecto de limitar expresamente la aplicabilidad del criterio del riesgo a aquellas medidas de diligencia debida que, como el conocimiento del cliente, son susceptibles de graduación (así, la obtención de información sobre la actividad profesional o empresarial del cliente, exigida por el artículo 5, será más intensa con respecto a aquellos clientes que presenten *prima facie* riesgos más elevados); (2º) en segundo lugar, los sujetos obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo; esta previsión de la Directiva (artículo 8.2) ha sido completada por el proyecto con la exigencia de que la aplicación del criterio del riesgo se recoja en la política expresa de admisión de clientes a que se refiere el artículo 26, debiendo realizarse un previo análisis de riesgo que en todo caso deberá constar por escrito; se trata, en mi opinión, de cautelas razonables orientadas a asegurar que el criterio del riesgo se aplique con profesionalidad, evitando su transformación en una mera excusa absolutoria a la que se recurre a posteriori; (3º) finalmente, en todo caso los sujetos obligados aplicarán las medidas de diligencia debida cuando concurren indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral, o cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos obtenidos con anterioridad; se trata de una previsión procedente de la Directiva (artículo 7) que resulta plenamente razonable en la medida en que tales supuestos han de considerarse necesariamente de riesgo superior al promedio.

Asimismo, el proyecto contiene reglas precisas en relación con la aplicación de las medidas de diligencia a los “clientes existentes”, esto es, aquellos que han establecido relaciones de negocio con el sujeto obligado antes de la entrada en vigor de la nueva regulación. Esta fue, probablemente, una de las omisiones más significativas de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, que, al introducir en nuestro derecho la obligación de identificación formal, no impuso explícitamente el deber de

aplicarla a la cartera de clientes de los sujetos obligados. Igualmente, la Ley 19/2003, de 4 de julio, al incorporar la obligación de conocimiento del cliente (nuevo párrafo segundo del artículo 3.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre), no estableció norma alguna en relación con la clientela existente; dado que el Reglamento de la Ley, tras su reforma por Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, dispuso que la obligación de conocimiento del cliente se practicaría “en el momento de establecer relaciones de negocio” (artículo 3.5), la interpretación mayoritaria fue que tal obligación era únicamente aplicable a los clientes futuros o sucesivos (esto es, a aquéllos con los que se establecieran relaciones de negocio bajo la vigencia del nuevo régimen). Aunque esta solución era evidentemente la que menos trastornos (y costes) implicaba para los sujetos obligados, planteaba el problema de que un volumen sustancial de la cartera de clientes de las entidades (especialmente bancarias) permanecería, de forma tendencialmente indefinida, sin adaptarse a las nuevas exigencias legales<sup>459</sup>. Por ello, el proyecto dispone que los sujetos obligados no sólo aplicarán las medidas de diligencia debida a todos los nuevos clientes, sino asimismo, a los clientes existentes, en función de un análisis del riesgo (párrafo primero del artículo 7.2). Esta previsión, que traspone casi literalmente lo dispuesto en el artículo 9.6 de la Directiva, se completa, no obstante, en el proyecto con algunas exigencias adicionales: (1ª) la aplicación a los clientes existentes de las medidas de diligencia debida en función de un análisis del riesgo se entiende “sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3.1”, esto es, en ningún caso pueden mantenerse relaciones de negocio con personas

---

<sup>459</sup> Ciertamente esta interpretación no dejaba de ser discutible. El Reglamento establecía, ya en su redacción original de 1995, la obligación de los sujetos obligados de someter a examen especial los supuestos en los que la naturaleza o el volumen de las actividades activas o pasivas de los clientes no se correspondiera con su actividad o antecedentes operativos (artículo 5.2.a). Consecuentemente, podía argumentarse que la obligación de conocimiento de la actividad de los clientes (aún de los preexistentes) estaba exigida implícitamente por el deber de examen especial de operaciones.

físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas, y ello aún cuando tales relaciones de negocio se hubieran establecido con anterioridad a 1993; en particular, deberá procederse a la identificación de los clientes en el caso de cuentas, libretas, activos o instrumentos numerados, cifrados, anónimos o con nombres ficticios, y, no resultando posible, resultará preceptiva la terminación de negocios ex artículo 7.3 (véase infra); (2ª) los sujetos obligados aplicarán a los clientes existentes las medidas de diligencia debida cuando se proceda a la contratación de nuevos productos o cuando se produzca una operación significativa por su volumen o complejidad (párrafo segundo del artículo 7.2); el proyecto impone aquí dos limitaciones de distinta naturaleza: por un lado, la aplicación de las medidas de diligencia debida es preceptiva cuando se proceda a la contratación de nuevos productos (por ejemplo, la emisión de una tarjeta de crédito a nombre del cliente) por asimilarse legalmente estos supuestos al establecimiento de una nueva relación de negocios; por otro, la aplicación es igualmente preceptiva cuando se produzca una operación significativa por su volumen o complejidad, exigencia que supone una concreción legal de la genérica previsión de aplicación en función del riesgo; (3ª) en todo caso, los sujetos obligados aplicarán a sus clientes existentes las medidas de diligencia debida en un plazo máximo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de la ley (disposición transitoria séptima); se trata de una “cláusula de cierre” que establece normativamente un periodo máximo de tiempo para la “recuperación” de la cartera de clientes: transcurrido dicho periodo de cinco años todos los clientes con los que el sujeto obligado mantenga relaciones de negocio han de haber sido sometidos al nuevo régimen de debida diligencia, sin perjuicio de que algunos de ellos hayan debido serlo con anterioridad (por haber procedido a la contratación de nuevos productos o haber realizado operaciones significativas por su volumen o complejidad).

En este punto es importante destacar que tales previsiones en materia de aplicación de las medidas de diligencia debida a los clientes existentes no suponen, en ningún caso, una aplicación retroactiva incompatible con el artículo 9.3 CE. Así

ocurriría, ciertamente, si se pretendiera sancionar a un sujeto obligado por no haber identificado a un cliente cuando dicha obligación no se encontraba vigente. Por el contrario, el proyecto se orienta a exigir a los sujetos obligados la aplicación de medidas de diligencia debida a clientes con los que mantienen en la actualidad relaciones de negocio, evitando la pervivencia indefinida de un volumen elevado de clientes sometido a una identificación limitada (con los consiguientes efectos sobre otras obligaciones, como la comunicación de operaciones potencialmente relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo). Desde esta perspectiva, no se produce propiamente una aplicación retroactiva, sino un cambio en el momento de aplicación de las medidas de diligencia: no “con carácter previo” al establecimiento de la relación de negocios (dado que ésta se estableció con anterioridad a la entrada en vigor de los nuevos requisitos) sino “en el curso” de la relación de negocios, sometándose las situaciones anteriores a la regla general “tempus regit factum” (por lo que las normas sobre aplicación de las medidas de diligencia debida a los clientes existentes se entenderán “sin perjuicio de la responsabilidad exigible por el incumplimiento de obligaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley”, párrafo tercero del artículo 7.2).

Hasta aquí las normas sobre aplicación de las medidas de diligencia debida. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que tal aplicación resulte inviable, en particular, si media negativa o resistencia del cliente a proporcionar información (piénsese, por ejemplo, en un fiduciario profesional que se niegue a identificar al tercero por cuenta del cual actúa, tercero que para el sujeto obligado tiene la condición de “titular real” de la relación negocial, quedando sometido a identificación preceptiva, artículo 4). En estos supuestos, el sujeto obligado no deberá establecer la relación de negocios o ejecutar la operación, y si la imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida se apreciara en el curso de la relación de negocios deberá poner fin a la misma, procediendo a realizar el examen especial a que se refiere el artículo 17. Como salvaguardia, de forma análoga a lo previsto para el caso de comunicación de operaciones (artículo 23,

concordante con el vigente artículo 4 LPBC), el proyecto dispone expresamente que la negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en la ley no conllevará ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados (artículo 7.3). Esta previsión es particularmente importante en relación con aquellos sujetos obligados que, como lo notarios, no pueden denegar su intervención por razón de su condición de funcionarios públicos (“el Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”, artículo 2 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del notariado). Esta cláusula de exención de responsabilidad encuentra, sin embargo, su límite en aquellos supuestos en los que “medie enriquecimiento injusto”, lo que supone que la negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia deberá entenderse sin perjuicio del deber del sujeto obligado de restituir al cliente las prestaciones que hubiera recibido de éste para la ejecución de la operación o en el curso de la relación comercial (así, el cierre o cancelación de una cuenta corriente no eximirá a la entidad de crédito de abonar al cliente el saldo acreedor resultante). No obstante, aunque no se señale expresamente en el proyecto, entiendo que este deber de restitución encuentra a su vez un límite en aquellos supuestos en los que concurren indicios o certeza de un origen delictivo de los fondos, de forma que el sujeto obligado no deberá restituirlos cuando ello pudiera dificultar la investigación o contribuir a la consumación de un delito de blanqueo de capitales; en estos casos, junto con la responsabilidad administrativa por infracción del deber de abstención de ejecución del artículo 19 (concordante con el vigente artículo 3.5 LPBC), podría concurrir responsabilidad penal ex artículo 301 CP (tipo que admite como título de imputación tanto el dolo como la imprudencia grave).

(ii) Aplicación de las medidas de diligencia debida por terceros

Junto al supuesto ordinario de aplicación de las medidas de diligencia debida por los propios sujetos obligados, el proyecto regula su aplicación por terceros (artículo 8).

La aplicación por terceros se orienta a evitar duplicidades en aquellos casos en los que una pluralidad de sujetos obligados interviene sucesivamente en relación con un único cliente; en tales supuestos, resulta racional establecer procedimientos que permitan a los sujetos obligados “confiar” en la diligencia practicada por otros, reduciendo costes y evitando molestias a los clientes<sup>460</sup>. No obstante, siendo un principio teórico razonable, su articulación práctica resulta dificultosa: por un lado, los distintos sujetos obligados establecen diversas relaciones de negocio, por lo que la información disponible o necesaria puede variar en cada una de ellas (así, el conocimiento del titular exigible al mero emisor de una tarjeta de crédito no es equiparable al que debe obtener la entidad de crédito en la que el cliente mantiene el núcleo de su actividad); por otra parte, se corre el riesgo de alterar la neutralidad regulatoria, permitiendo que determinados sectores “exporten” sus costes de cumplimiento hacia otros (este puede ser, particularmente, el caso del sistema bancario: una configuración defectuosa de la aplicación por terceros podría suponer que las entidades de crédito tuvieran que asumir sin compensación la identificación de clientes en beneficio de otros sujetos obligados que operan con tales clientes).

En este punto, el artículo 8 del proyecto regula la aplicación por terceros en términos netamente distintos a los de la Directiva (aunque estimo que no contradictorios con la misma). Efectivamente, la Directiva, a pesar de su prolijidad (pues dedica a esta materia los artículos 14 a 19) deja sin concretar aspectos

---

<sup>460</sup> “A fin de evitar una repetición de los procedimientos de identificación de clientes que ocasionaría retrasos e ineficacia en las transacciones, es preciso, con las garantías adecuadas, autorizar la presentación de clientes cuya identificación se haya llevado a cabo en otro país” (Considerando 27 de la Directiva 2005/60/CE).



sustantivos, lo que se explica porque su finalidad esencial ha sido la de asegurar el principio de igualdad o “terreno de juego equilibrado” en el ámbito comunitario: consecuentemente, los Estados miembros ven reconocida una amplia discrecionalidad para regular la aplicación por terceros en los términos que estimen convenientes (hasta el extremo de que podrían no reconocerla en absoluto<sup>461</sup>), pero de admitir esta posibilidad deben hacerlo en términos no discriminatorios, de modo que los sujetos obligados de las mismas categorías queden sometidos a idénticos requisitos con independencia del Estado europeo de residencia.

En este contexto, el proyecto somete la aplicación por terceros de las medidas de diligencia debida a las siguientes cautelas: (1ª) Los terceros han de tener la condición de sujetos obligados, bien por estar “sometidos a la presente ley” (artículo 8.1)<sup>462</sup>, bien por encontrarse “sometidos a la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo de otros Estados miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes” (artículo 8.2)<sup>463</sup>. En este segundo caso, la aplicación por terceros será admisible “aún cuando los documentos o datos exigidos en aquéllos sean distintos de los previstos en la presente ley” (pues, de no

---

<sup>461</sup> “Los Estados miembros *podrán permitir* que las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva recurran a terceros para aplicar los requisitos contemplados en el artículo 8, apartado 1, letras a), b) y c)” (artículo 14).

<sup>462</sup> Ello resulta conforme con el artículo 16.1 de la Directiva que dispone que “a efectos de la presente sección, se entenderá por terceros las entidades y personas enumeradas en el artículo 2”, esto es, aquellas que tienen la condición de sujetos obligados de conformidad con la propia Directiva.

<sup>463</sup> Aquí el proyecto es más “directo” que la Directiva, que exige que los “terceros” situados en un tercer país, además de estar sometidos a registro obligatorio, legalmente reconocido, apliquen “requisitos de diligencia debida con respecto al cliente y de conservación de documentos con arreglo a los establecidos en la presente Directiva” (artículo 16.1.b).

existir esta previsión, no resultaría posible la presentación de clientes por entidades, como las británicas, domiciliadas en países en los que no existe un documento general de identificación fehaciente emitido por las autoridades públicas). (2ª) No se permite la aplicación por terceros de la obligación de seguimiento continuo de la relación de negocios (artículo 8 en relación con el artículo 6), exclusión lógica dado que únicamente el sujeto obligado, no el tercero, está en condiciones de acceder a la información necesaria. (3ª) El sujeto obligado mantendrá la plena responsabilidad respecto de la relación de negocios u operación, aún cuando el incumplimiento sea imputable al tercero, sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad de éste.<sup>464</sup> (4ª) El recurso a terceros para la aplicación de las medidas de diligencia debida exigirá la previa conclusión de un acuerdo escrito entre el sujeto obligado y el tercero, en el que se formalicen las respectivas obligaciones. Este requisito, no previsto expresamente en la Directiva, resulta una cautela razonable para evitar los fenómenos de “proyección” de costes de cumplimiento, a los que hacíamos referencia anteriormente. De esta manera, la asunción de la responsabilidad de practicar la diligencia por cuenta de terceros no se produce de forma automática o ex lege, sino en virtud de un concurso de voluntades expreso entre ambos sujetos obligados, si bien no resulta exigible que revista una determinada formalidad (el proyecto se limita a requerir un “acuerdo escrito”, de modo que procedimientos como el mero intercambio de cartas o mensajes SWIFT, comunes en la práctica bancaria, podrían cumplir dicha función).

---

<sup>464</sup> *“En los casos en que una persona o entidad sujeta a las disposiciones de la presente Directiva recurra a un tercero, la responsabilidad última en los procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente sigue recayendo sobre la entidad o persona a la que es presentado el cliente. El tercero, o presentador, conserva su propia responsabilidad en lo que atañe a todos los requisitos de la presente Directiva, incluida la obligación de comunicar las operaciones sospechosas y de conservar los registros, en la medida en que mantiene una relación con el cliente al que se aplica la presente Directiva”* (Considerando 27 de la Directiva 2005/60/CE).

Finalmente, debe señalarse que no constituyen auténtica “aplicación por terceros” los casos de “externalización o agencia”, esto es, aquellos supuestos en los que en virtud de un contrato un proveedor de servicios o agente practica la debida diligencia por cuenta del sujeto obligado (piénsese, por ejemplo, en la comercialización de productos financieros como las tarjetas de crédito en centros comerciales). En estos casos (admisibles por cuanto las obligaciones de debida diligencia no son de carácter personalísimo), el proveedor o agente, que no tiene la condición de sujeto obligado, no es un técnicamente un tercero sino que debe “ser considerado como parte del sujeto obligado” (artículo 8.4), resultándole plenamente imputable la responsabilidad de la relación negocial.<sup>465</sup>

Hasta aquí las medidas “normales” de diligencia debida (sección 1ª del capítulo II, artículos 3 a 8). Sin embargo, de conformidad con la Directiva, el proyecto regula, asimismo, medidas “simplificadas” (sección 2º, artículos 9 y 10) y “reforzadas” (sección 3ª, artículos 11 a 16), aplicables, respectivamente, a las relaciones de negocio o transacciones de riesgo inferior o superior al promedio.

En la Directiva, las denominadas medidas “simplificadas” se configuran más propiamente como supuestos no sometidos a medida alguna de diligencia debida

---

<sup>465</sup> *“En caso de que exista una relación de externalización o agencia, sobre una base contractual, entre entidades o personas contempladas en la presente Directiva y personas físicas o jurídicas externas no incluidas en el ámbito de la misma, las obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo para los mencionados agentes o proveedores externos que forman parte de las entidades o personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sólo podrán derivarse del contrato y no de la presente Directiva. La responsabilidad del cumplimiento de la presente Directiva se mantiene en las entidades o personas contempladas en la misma”* (Considerando 28 de la Directiva 2005/60/CE).

(“...los Estados miembros podrán autorizar a las personas y entidades sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva a *no aplicar* medidas de diligencia debida...”, artículo 11). Por el contrario, el proyecto, más coherentemente con el espíritu de la Recomendación 5 del GAFI (“in certain circumstances, where there are low risks, countries may decide that financial institutions can apply reduced or simplified measures”), no excluye la totalidad de las medidas de diligencia debida, resultando aplicable, aún en tales casos, la obligación de identificación formal del artículo 3.1 (así resulta, negativamente, de lo dispuesto en los artículos 9 y 10, conforme a los cuales “los sujetos obligados quedan autorizados a no aplicar las medidas de diligencia debida previstas en los artículos 3.2, 4, 5 y 6” respecto de determinados clientes<sup>466</sup>, productos u operaciones<sup>467</sup>).

En cuanto a las medidas “reforzadas”, con carácter general los sujetos obligados, deberán aplicarlas, en función de un análisis del riesgo, en aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de

---

<sup>466</sup> Se consideran como clientes sometidos a medidas “simplificadas” los siguientes: (a) Las entidades de derecho público de los Estados miembros de la Unión Europea o de países terceros equivalentes. (b) Las entidades financieras domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las medidas de diligencia debida. (c) Las sociedades con cotización en bolsa cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.

En todos los casos se trata de clientes que presentan riesgos reducidos, por estar sometidos a regímenes rigurosos de control (entidades de derecho público), de supervisión (entidades financieras) o de revelación de información (sociedades cotizadas).

<sup>467</sup> Tales como ciertos productos de seguros (pólizas de seguro de vida, instrumentos de previsión social y seguros colectivos), siempre que se cumplan determinadas condiciones, y el dinero electrónico, cuando no se superen los umbrales establecidos en la Directiva.

capitales o de financiación del terrorismo (artículo 11, párrafo segundo). Este punto supone una notable diferencia con las medidas “simplificadas”: mientras éstas sólo resultan admisibles en aquellos supuestos establecidos legal (artículos 9.1 y 10.1) o reglamentariamente (artículos 9.2 y 10.2), la aplicación de medidas “reforzadas” resulta preceptiva en todos aquellos casos que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, aun cuando no hayan sido individualizados normativamente. Sin perjuicio de ello, en todo caso estarán sujetos a medidas “reforzadas” la actividad de banca privada<sup>468</sup>, los servicios de envío de dinero, las operaciones de cambio de moneda extranjera (artículo 11), las relaciones de negocio y operaciones no presenciales (artículo 12), la corresponsalia bancaria transfronteriza (artículo 13) y las relaciones de negocio u operaciones de personas con responsabilidad pública (artículos 14 y 15).

(b) Las obligaciones de información.

El segundo grupo de deberes de prevención lo constituyen las obligaciones de información (capítulo III, artículos 17 a 25). Se trata, ciertamente, del núcleo<sup>469</sup> de la

---

<sup>468</sup> “Banca privada” no se utiliza aquí en el sentido de banco de propiedad o gestión privadas (frente al crédito oficial), sino que se refiere a las entidades de crédito (o unidades operativas dentro de los bancos) especializadas en ofrecer servicios financieros a clientes de alto poder adquisitivo.

<sup>469</sup> Puede argumentarse convincentemente que los otros dos grupos de deberes de prevención son serviciales de la comunicación de operaciones “sospechosas”: la debida diligencia está fundamentalmente orientada a establecer perfiles operativos que permitan detectar operativa inusual y las medidas de control interno a garantizar que la captura, tratamiento y comunicación de dicha operativa “sospechosa” o inusual se realiza de forma sistemática y “profesional”. Sin embargo, es importante reiterar que el sistema, junto con la colaboración con las autoridades (función de “heterotutela” de intereses ajenos

legislación, en la medida en que ésta configura esencialmente un sistema de aportación de información de los sujetos obligados a las autoridades competentes en la represión de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

La obligación esencial es, en consecuencia, la comunicación de operaciones “sospechosas” o comunicación por indicio (artículo 18), a cuyo servicio se establecen otras obligaciones o deberes (examen especial, abstención de ejecución, no revelación, comunicación sistemática, colaboración con la Comisión y conservación de documentos).

El examen especial se configura como una obligación anterior a la comunicación, orientada a asegurar la seriedad de esta última, de forma que se eviten comunicaciones meramente “defensivas” (esto es, aquéllas que se realizan por los sujetos obligados con el exclusivo objeto de beneficiarse de la cláusula de exención de responsabilidad del artículo 23)<sup>470</sup>: consecuentemente, con carácter previo a la

---

propia al sistema financiero), cumple asimismo la misión de proteger la percepción pública de las entidades, su “reputación” en los mercados y ante la opinión pública: desde esta perspectiva, la debida diligencia o el control interno no son puramente auxiliares de la comunicación de operativa sospechosa (la debida diligencia permite a la entidad protegerse contra aquellos clientes que potencialmente puedan plantear un riesgo de reputación, aún cuando no realicen operaciones susceptibles de comunicación y el control interno asegura una gestión profesional de todas las obligaciones del sistema, no únicamente de la comunicación de operativa “sospechosa”).

<sup>470</sup> Aunque con frecuencia se pone el énfasis en el perjuicio que las comunicaciones defensivas causan a las Unidades de Inteligencia Financiera (pues éstas deben dedicar sus escasos recursos a revisar operaciones que no habrían sido comunicadas de haber sido adecuadamente examinadas por el sujeto obligado), creo que debe enfatizarse también el perjuicio que se causa al cliente que es objeto de una comunicación (aunque, como veremos inmediatamente, no se trata técnicamente una denuncia, resulta evidente que no

posible remisión de una operación a las autoridades el sujeto obligado debe desarrollar una labor de análisis que le permita confirmar o excluir la presencia de indicios. En este contexto, el “estándar” del examen es notablemente menos exigente que el de la comunicación (aquel exige meramente que el hecho u operación “pueda” estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, artículo 17; la comunicación, como veremos inmediatamente, requiere la existencia de “indicio o certeza”, artículo 18); concurriendo un elemento de riesgo, el sujeto obligado deberá someter la operación a un proceso estructurado de análisis<sup>471</sup>, que, como hemos señalado anteriormente, desembocará en una de las siguientes decisiones: (i) archivar la operación si el inicial elemento de riesgo, tras su examen, no comporta indicios racionales de relación con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (así ocurrirá, en particular, cuando sometida a examen especial una operación inicialmente considerada como antieconómica, se determina como consecuencia del análisis la concurrencia de un “propósito económico o lícito” en la decisión del cliente); (ii) someter la operación a seguimiento si no resulta posible excluir el elemento de riesgo; (iii) comunicar la operación, de conformidad con el artículo 18, si el examen especial pone de manifiesto la concurrencia de indicios o certeza de relación con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, o si persiste el carácter objetivamente inusual de la operativa (puesto de manifiesto por la falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones).

---

resulta irrelevante en el tráfico la comunicación de una posible asociación con elementos criminales).

<sup>471</sup> “En todo caso, la comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión vendrá precedida de un proceso estructurado de examen especial de la operación de conformidad con lo establecido en el artículo 17” (artículo 18.2).

En tales casos, los sujetos obligados deberán abstenerse de ejecutar la operación (artículo 19). En este punto, el proyecto innova notablemente el régimen vigente que, en línea con las Directivas comunitarias, se limita a imponer el deber de abstención únicamente en tanto no se haya procedido a la comunicación (véase artículo 3.5 LPBC<sup>472</sup> y artículo 24.1 de la Directiva<sup>473</sup>). O en otros términos, la legislación actual no prevé una verdadera abstención sino la exigencia de una previa comunicación, realizada la cual, la ejecución de la operación resulta lícita aún cuando concurren indicios o certeza de relación con el blanqueo de capitales. Aunque este régimen tiene una justificación razonable en las limitaciones operativas existentes (fundamentalmente, la dificultad de las autoridades para dar a los sujetos obligados una respuesta rápida que impida la paralización del tráfico económico)<sup>474</sup>,

---

<sup>472</sup> Los sujetos obligados quedan sometidos a la obligación de “abstenerse de ejecutar cualquier operación de las señaladas en la letra a) del apartado 4 precedente *sin haber efectuado previamente* la comunicación prevista en dicho apartado”. El artículo 3.4.a) prevé la obligación de comunicar al Servicio Ejecutivo, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1.

<sup>473</sup> “Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva que se abstengan de ejecutar transacciones de las que sepan o sospechen que están relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo *hasta tanto* no hayan completado la acción necesaria de conformidad con el artículo 22, apartado 1, letra a)”. El artículo 22.1.a) dispone que los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la Directiva y, en su caso, a sus directivos y empleados, que colaboren plenamente informando por iniciativa propia, y sin demora, a la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) cuando sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

<sup>474</sup> La Directiva prevé que “con arreglo a la legislación de los Estados miembros, podrán darse instrucciones para que no se ejecute la operación” (inciso final del artículo 24.1). Sin



resultan evidentes sus riesgos, pues, comunicada la operación, el sujeto obligado queda plenamente legitimado para realizarla, configurándose aquélla, si se nos permite la expresión, como una auténtica “patente de corso” para la intervención en operaciones potencialmente delictivas. Frente a ello, el proyecto establece un verdadero deber de abstención, desde la consideración de que, concurriendo indicios o certeza de relación con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, resulta la mejor estrategia para el interés público impedir la ejecución de la operación. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que los efectos de esta prohibición en los sujetos obligados que realizan una operativa legítima se ven limitados por la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 19.1, conforme al cual “cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la investigación, los sujetos obligados podrán ejecutar la operación, efectuando inmediatamente una comunicación de conformidad con lo establecido en el artículo 18”.

Una vez comunicada la operación de acuerdo con el artículo 18, se producen dos efectos jurídicos: (1) en primer lugar, el sujeto obligado queda exento de responsabilidad: “La comunicación de buena fe de información a las autoridades competentes con arreglo a la presente ley por los sujetos obligados o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados, no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad” (artículo 23, concordante con el artículo 26 de la Directiva); téngase en cuenta, no obstante, que el juego de la exención requiere “buena fe” del sujeto comunicante, buena fe que queda excluida, en mi opinión, no sólo en los supuestos en los que la comunicación se realiza por motivaciones no legítimas (por ejemplo, como represalia comercial, con intención de perjudicar al cliente), sino asimismo en los

---

embargo, esta previsión es de muy difícil implantación, especialmente en mercados financieros altamente desarrollados, con un elevadísimo número de transacciones.

casos en que se comunica la operación con carácter meramente “defensivo”, sin haber realizado una mínima labor de análisis que hubiera permitido verificar la regularidad de la operativa; (2) en segundo lugar, el sujeto obligado queda sometido a la prohibición de revelación: “Los sujetos obligados y sus directivos o empleados no revelarán al cliente ni a terceros que se ha comunicado información al Servicio Ejecutivo de la Comisión, o que se está examinando o puede examinarse alguna operación por si pudiera estar relacionada con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo” (artículo 24, concordante con el artículo 28 de la Directiva); esta previsión, que ha sido muy controvertida (se ha señalado que puede ser contraria a la ética profesional e infringir deberes legales y deontológicos del sujeto obligado respecto del cliente<sup>475</sup>), tiene un fundamento eminentemente práctico: prevenir que la divulgación de la información ponga en riesgo la investigación, lo que justifica determinadas excepciones (en particular, la revelación a “las autoridades competentes”, párrafo segundo del artículo 24.1, y la comunicación de información en el seno de un grupo, “red” o categoría profesional, artículo 24.2).

Sin perjuicio de la obligación de comunicar por iniciativa propia tanto las operaciones en las que concurren indicios o certeza de relación con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (comunicación por indicio, artículo 18)

---

<sup>475</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que el supuesto más relevante desde el punto de vista constitucional, la relación abogado-cliente, está exenta del deber de comunicación y, consiguientemente, de la prohibición de revelación: “Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” (artículo 22).

como todas aquellas que se determinen reglamentariamente (comunicación sistemática o periódica, artículo 20), los sujetos obligados deberán facilitar la documentación e información que la Comisión o sus órganos de apoyo les requieran para el ejercicio de sus competencias (artículo 21.1, concordante con el artículo 22.1.b) de la Directiva).<sup>476</sup>

Asimismo, los sujetos obligados deberán establecer, en el marco de sus medidas de control interno, sistemas que les permitan responder de forma completa y diligente a las solicitudes de información que les curse la Comisión, sus órganos de apoyo u otras autoridades competentes sobre si mantienen o han mantenido a lo largo de los diez años anteriores relaciones de negocios con determinadas personas físicas o jurídicas y sobre la naturaleza de dichas relaciones (artículo 21.2, concordante con el artículo 32 de la Directiva). En este contexto, reviste particular importancia la previsión del proyecto de establecimiento de un sistema de localización de activos financieros, articulado técnicamente en un Fichero de Titularidades Financieras (artículo 43).

Esta iniciativa trata de solventar el estado actual de cosas, que no cabe calificar sino como claramente disfuncional. A esta conclusión puede llegarse observando que: (1) el alcance real del comiso de activos financieros en procesos penales por blanqueo de capitales es muy reducido; (2) el bloqueo de fondos basado en peticiones internacionales requiere remitir la petición a la totalidad de las entidades de crédito, directamente o través de sus asociaciones; (3) las numerosas investigaciones patrimoniales se ven seriamente limitadas como consecuencia de la

---

<sup>476</sup> Esta obligación es fundamental en la medida en que permite a las autoridades realizar "investigaciones patrimoniales", con una doble finalidad: (1) auxiliar a la investigación criminal, poniendo de manifiesto las relaciones de complicidad existentes (en la medida en que las vinculaciones económicas o patrimoniales pueden ser indiciarias de aquéllas); (2) asegurar la efectividad de las medidas de embargo y/o comiso, evitando que el delincuente pueda alzarse con los bienes de procedencia delictiva.

imposibilidad de disponer de forma rápida y fiable de información sobre la localización de activos financieros (esto es, de la entidad de crédito en la que se encuentran depositados o custodiados). Como vía para corregir estas carencias, el proyecto, de modo análogo a los sistemas existentes en Francia<sup>477</sup> o Alemania<sup>478</sup>, establece la obligación de las entidades de crédito de declarar la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo en la forma, plazos y condiciones que se determinen reglamentariamente. La declaración contendrá, en todo caso, los datos identificativos de los titulares, representantes o autorizados, así como de

---

<sup>477</sup> El artículo 1649A de la Ley General Tributaria francesa exige declarar a toda entidad financiera que mantenga depósitos de efectivo, de valores o de cualquier activo financiero su apertura, modificación o cancelación. Por tanto, las entidades financieras están obligadas a declarar a la autoridad tributaria la identidad del titular de todo activo financiero que mantengan, sea éste residente o no en Francia.

La base de datos se gestiona de forma automatizada desde 1982, previa autorización por parte de la Comisión Nacional de Tecnología y Libertades. Esta base de datos se denomina *Fichier des Comptes Bancaires et Assimilés* (FICOBA) e integra más de 300 millones de cuentas de activos financieros. El sistema se reorganizó en 2002 de acuerdo con la experiencia previa y en colaboración con el sector financiero.

<sup>478</sup> Con ocasión de la entrada en vigor de la nueva sección 24c de la Ley Bancaria alemana (1 de abril de 2003) se creó en Alemania un nuevo sistema de consulta de activos financieros, que permite al supervisor financiero unificado (*BaFin*) tener acceso automatizado a detalles de las cuentas y otros activos que mantienen las entidades financieras.

El sistema consiste en el establecimiento de una conexión entre la base de datos que cada entidad financiera constituye en un formato normalizado y *BaFin*, lo que permite realizar todo tipo de búsquedas por parte de éste, sin que este acceso sea conocido por parte de la entidad financiera.

cualesquiera otras personas con poderes de disposición, la fecha de apertura o cancelación, el tipo de cuenta o depósito y los datos identificativos de la entidad de crédito declarante. Los datos declarados serán incluidos en un fichero de titularidad pública, denominado Fichero de Titularidades Financieras, del cual será responsable la Secretaría de Estado de Economía.

Se trata de una iniciativa que no dejará de ser polémica desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal, aunque varios datos avalan su oportunidad, conveniencia y viabilidad en derecho: (1) el sistema se establece al servicio de una finalidad constitucionalmente legítima, como es la investigación criminal; (2) únicamente serán objeto de declaración las “cabeceras” de cuenta o datos identificativos del activo financiero, no los concretos movimientos o saldos, con lo que la afección a la privacidad será, en principio, limitada; (3) el acceso al sistema será “numerus clausus”, quedando en particular los cuerpos policiales sometidos al principio de previa autorización judicial o del Ministerio Fiscal.

Finalmente, se regula en el capítulo III la obligación de conservación de documentos (artículo 25)<sup>479</sup>, con dos importantes novedades respecto de la normativa actualmente vigente: (1) en primer lugar, el plazo de conservación se eleva a diez años respecto de los vigentes seis (artículo 6 RPBC); este notable incremento respecto del estándar mínimo de la Directiva (cinco años, artículo 30), se justifica por el plazo de prescripción de los delitos de blanqueo de capitales (artículo 301 CP) y financiación del terrorismo (artículo 576 CP): en la medida en que la acción penal no se extingue sino a los diez años (artículo 131 CP) parece razonable que la exigencia administrativa de conservación de documentos se configure con la misma duración, dado el carácter esencialmente servicial de ésta

---

<sup>479</sup> Salvo que se opte por atribuirle un capítulo propio (como hace la Directiva, capítulo IV, artículos 30 a 33), resulta razonable la ubicación sistemática de este precepto dentro del capítulo III (relativo a las obligaciones de información).

respecto de aquélla<sup>480</sup> (como expresivamente señala el artículo 30 de la Directiva, la conservación de documentos se establece “para su uso en toda investigación o análisis, en materia de posibles casos de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, por parte de la UIF o de cualquier otra autoridad competente en virtud del Derecho nacional”, artículo 30); (2) en segundo lugar, se exige que los sujetos obligados procedan a almacenar las copias de los documentos de identificación en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos que garanticen su integridad, la correcta lectura de los datos, la imposibilidad de manipulación y su adecuada conservación y localización; respecto de los restantes documentos (en particular, los documentos o registros que acrediten adecuadamente las operaciones), no resulta preceptiva su conservación en tales soportes, sin perjuicio de que el sistema de archivo de los sujetos obligados deba asegurar la adecuada

---

<sup>480</sup> Ciertamente, aunque todos los deberes de prevención tienen un carácter servicial de la investigación criminal (función de “heterotutela”), ello es particularmente cierto en relación con la obligación de conservación de documentos. Dadas las características de la delincuencia financiera (en particular, la carencia de flagrancia de los hechos), no resultarán ordinariamente útiles medios de prueba comunes en otros delitos (como la testifical), debiendo recurrirse casi indefectiblemente a la prueba documental. En este contexto, limitar a cinco años el plazo de conservación de documentos supone la inviabilidad práctica de la acción penal transcurrido dicho plazo, modificando *de facto* la legislación penal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el impacto de esta ampliación en los costes de las entidades será previsiblemente muy reducido, dado que no resulta lógica desde el punto de vista empresarial la eliminación de los documentos acreditativos de las operaciones en tanto no hayan prescrito las acciones derivadas de las mismas, que están ordinariamente sujetas a plazos de prescripción superiores a los diez años (caso de las acciones personales, que prescriben a los quince años, de la acción hipotecaria, que prescribe a los veinte, o de las acciones reales sobre bienes inmuebles, que lo hacen a los treinta: véanse artículos 1963 y 1964 CC).

gestión y disponibilidad de la documentación, tanto a efectos de control interno, como de atención en tiempo y forma a los requerimientos de las autoridades (artículo 25.2).<sup>481</sup>

(c) Las medidas de control interno.

Las medidas de control interno suponen, por un lado, la adopción de determinadas políticas de prevención del blanqueo de capitales y, por otro, el establecimiento de órganos responsables de su aplicación en el ámbito del sujeto obligado.

En relación con el primer aspecto, el artículo 26.1 impone la obligación de los sujetos obligados de aprobar por escrito y aplicar<sup>482</sup> políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de

---

<sup>481</sup> En su versión inicial, sometida a audiencia pública, el anteproyecto exigía la conservación de todos los documentos en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos. Sin embargo, dados los costes que ello implicaba (especialmente si habían de escanearse todas las “boletas” o impresos de ventanilla), se ha optado por limitar la exigencia a los documentos de identificación, de modo que se asegure la disponibilidad de los mismos en toda la red y no únicamente en la oficina en las que se establecieron las relaciones de negocio.

<sup>482</sup> Es interesante destacar que el proyecto es aquí más prescriptivo que la Directiva (artículo 34) y que la legislación vigente (artículo 3.7 LPBC) que en ambos casos se limitan a exigir el “establecimiento” de procedimientos adecuados. Aunque ciertamente el verbo “establecer” lleva implícita la necesidad de aprobar unos determinados procedimientos y operar con arreglo a los mismos, el proyecto exige explícitamente dos acciones sucesivas: (1) aprobar por escrito los procedimientos y (2) aplicarlos en la operativa del sujeto obligado.

prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichas políticas y procedimientos deberán incorporarse a un manual, que estará a disposición del Servicio Ejecutivo para su supervisión.<sup>483</sup>

La aplicación de tales procedimientos exige, lógicamente, una determinada estructura institucional en el seno del sujeto obligado. En este sentido, el artículo 26.2 prevé tres órganos de prevención: (1) el representante ante el Servicio Ejecutivo que, de forma análoga al “oficial de cumplimiento” anglosajón, será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado; (2) un órgano de control interno, que contará con la adecuada representación de las distintas áreas de negocio del sujeto obligado; (3) una unidad técnica para el tratamiento y análisis de la información.

Ciertamente, éste era uno de los puntos de la vigente normativa más necesitados de reforma. La exigencia legal de establecimiento de “órganos adecuados de control interno y de comunicación” (artículo 3.7 LPBC) fue desarrollada por el artículo 11.1 RPBC que aún dispone que “los sujetos obligados que sean bien personas jurídicas, bien establecimientos o empresarios individuales cuyo número de empleados sea superior a 25, establecerán procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para conocer, prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales”. Este régimen resulta poco flexible, dado que los sujetos obligados (incluidos los

---

<sup>483</sup> Ello sin perjuicio de la posibilidad reconocida a los sujetos obligados de remitir voluntariamente su manual al Servicio Ejecutivo de la Comisión, a efectos de que por éste se determine la adecuación de las medidas de control interno establecidas, o que se propongan establecer. Lógicamente, la conformidad del manual con las recomendaciones formuladas por el Servicio Ejecutivo de la Comisión permitirá entender cumplida la obligación (artículo 26.3).



sometidos al régimen especial o simplificado, artículo 2.1 LPBC en relación con el artículo 16 RPBC) quedan o no íntegramente sometidos a la obligación del artículo 3.7 en tanto alcancen o no el umbral, no admitiéndose una graduación en el elenco de deberes asociados.

Por otra parte, la mismo alcance del artículo 11.1 resulta discutible, siendo susceptible de dos posibles interpretaciones: (1) En primer lugar, de acuerdo con la literalidad del precepto, puede estimarse que, no existiendo una coma tras “establecimientos o empresarios individuales”, la locución “cuyo número de empleados sea superior a 25” resulta únicamente aplicable a éstos, con la consecuencia de que los sujetos obligados que tengan la condición de “personas jurídicas” quedan sometidos, en todo caso, a la obligación de establecer procedimientos y órganos de control interno con independencia del número de empleados; evidentemente, esta interpretación, aunque conforme con el tenor del artículo 11.1, conduce a resultados poco racionales (piénsese, por ejemplo, en el caso, por otra parte absolutamente habitual, del joyero o anticuario individual que ha constituido una sociedad de responsabilidad limitada para la gestión de su negocio). (2) Alternativamente, podría interpretarse que el criterio del número de empleados resulta aplicable a todos los sujetos obligados, con independencia de su forma jurídica; esta interpretación evita alguna de las distorsiones de la anterior, pero lo cierto es que el criterio de la plantilla guarda una escasa relación con la relevancia que un determinado sujeto obligado puede tener desde la perspectiva del blanqueo de capitales (así, determinadas actividades de intermediación financiera pueden movilizar elevadísimos capitales con un número reducido de empleados).

En este contexto, el proyecto parte de la evidencia de que la amplitud y variabilidad de los sujetos obligados hace inviable la configuración legal de órganos de control interno “estándar”, válidos para todas las personas y entidades sometidas a deberes de prevención. Por ello, se prevén una serie de excepciones

reglamentarias que permitirán configurar una gradación de requisitos en relación con los distintos sujetos obligados. Así, las entidades de crédito vendrán previsiblemente exigidas a establecer toda la panoplia de procedimientos y órganos previstos en los artículos 26 y siguientes, simplificándose a partir de ahí las exigencias institucionales, hasta culminar en el ejercicio individual de actividades empresariales o profesionales, en el que “será representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión el titular de la actividad” (artículo 26.2), no siendo exigible una estructura organizativa específica en materia de prevención del blanqueo de capitales.

Esta flexibilidad se ve incrementada por el reconocimiento que se hace en el artículo 27 de los órganos centralizados de prevención, figura que ha venido operando hasta ahora exclusivamente en el seno del notariado (a partir de su regulación por Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre) y que el proyecto extiende a todas las “profesiones colegiadas” sujetas a la Ley (posibilidad ésta reconocida por la Directiva al disponer que “los Estados miembros podrán designar al organismo autorregulador pertinente de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se ha de informar en primera instancia en lugar de a la UIF”, artículo 23.1). La incorporación al órgano centralizado de prevención (que es voluntaria salvo para notarios y registradores)<sup>484</sup> produce dos efectos

---

<sup>484</sup> Resulta razonable diferenciar en este punto entre éstos y las restantes profesiones colegiadas: aunque con ciertas particularidades (fundamentalmente, su retribución directa por los particulares a través del arancel), notarios y registradores son funcionarios públicos (como señala el Preámbulo de la citada Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre “el notario no deja de ser un funcionario público que en el ejercicio de su función ha de velar por la legalidad del acto o negocio jurídico que autoriza y documenta. Este carácter funcional del notario, unido a la inserción en su organización corporativa, dota a la profesión notarial de acusadas particularidades que la individualizan del resto de los sujetos obligados”, características que son asimismo predicables de los registradores).

fundamentales: (1) El representante del órgano centralizado de prevención tendrá la condición de representante de los profesionales incorporados ante el Servicio Ejecutivo; (2) El órgano centralizado de prevención examinará, por propia iniciativa o a petición de los profesionales incorporados, las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (artículo 17) comunicándolas, en su caso, al Servicio Ejecutivo de la Comisión (artículo 18). Con ello, frente a la “atomización” del ejercicio individual, el profesional incorporado ve notablemente simplificada su labor, al contar con un órgano especializado que puede prestarle apoyo y asesoramiento en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención.

Finalmente, cabe señalar que las medidas de control interno de los sujetos obligados deberán ser objeto de examen anual por un experto externo (artículo 28). Se trata de una previsión introducida por la Ley 19/2003, de 4 de julio, respecto de la que el proyecto no introduce novedades sustanciales (básicamente, se elevan a rango legal las previsiones del 11.7 RPBC)<sup>485</sup>. Asimismo, se regula en términos

---

<sup>485</sup> Como novedad se establece que “quienes pretendan actuar como expertos externos deberán comunicarlo al Servicio Ejecutivo de la Comisión antes de iniciar su actividad e informar a éste semestralmente de la relación de sujetos obligados cuyas medidas de control interno hayan examinado” (párrafo segundo del artículo 28.2). Se trata de una previsión criticable, en la medida en que impone deberes a personas que no tienen la condición de sujetos obligados ex artículo 2 (con la consecuencia de que se trata de un deber “jurídico” sin sanción por su eventual incumplimiento).

La cualificación exigible a los expertos ha sido una de las cuestiones más controvertidas en relación con el examen externo de los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales. Tras la aprobación de la Ley 19/2003, no faltaron voces que estimaban que el ejercicio de esta actividad debía quedar reservado a determinados profesionales (fundamentalmente, los auditores) o que debía condicionarse a una previa habilitación administrativa (en forma de registro obligatorio, previo examen de aptitud). Sin embargo, no parecía haber razones que abonaran el monopolio de ninguna profesión (en especial en un

análogos a los vigentes (artículo 3.8 LPBC en relación con el artículo 14 RPBC) la formación de empleados (artículo 28).<sup>486</sup>

## (2) La organización institucional.

El proyecto regula la organización institucional en su capítulo VII (artículos 44 a 49), manteniendo como núcleo de la misma a la Comisión de Prevención del Blanqueo

---

ámbito como el de la prevención del blanqueo de capitales, en el que operan eficazmente profesionales de muy variados carácter y antecedentes: financiero, policial, de autoría, de control, etcétera) o que justificaran la exigencia de un previo título administrativo (con carácter general, la legislación financiera no limita el campo de elección de los empleadores, sin perjuicio de su responsabilidad por culpa "in eligendo").

Consecuentemente, el artículo 11.7 RPBC se limitó a señalar que los sujetos obligados debían encomendar la práctica del examen externo a personas que reunieran las condiciones académicas y de experiencia profesional que las hicieran idóneas para el desempeño de la función, orientación que mantiene el proyecto. Ello supone reconocer un amplio margen de discrecionalidad a los sujetos obligados en la elección del experto externo, discrecionalidad que, sin embargo, no es absoluta pues "la falta manifiesta de idoneidad del experto externo equivaldrá a la no realización del examen" (artículo 27.1 del proyecto).

<sup>486</sup> El proyecto prevé que las acciones formativas serán objeto de un plan anual que, diseñado en función de los riesgos del sector de negocio del sujeto obligado, será aprobado por el órgano de control interno. Este precepto contiene, pues, un reconocimiento expreso del criterio del riesgo: no todos los empleados han de recibir la misma formación, e incluso algunos no habrán de recibir formación alguna (piénsese, por ejemplo, en los dedicados directamente a labores constructivas en un promotor inmobiliario).

de Capitales e Infracciones Monetarias, órgano colegiado e interadministrativo<sup>487</sup> establecido con la función esencial de “dirigir e impulsar las actividades de prevención de la utilización del sistema financiero o de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo” (artículo 44.1.a).

Esta opción es acertada en la medida en que, siendo la prevención del blanqueo de capitales una política esencialmente horizontal, es necesaria la existencia de un órgano que coordine las actuaciones de los diversos organismos e instituciones con competencias en la materia. En este punto, es importante destacar que la prevención del blanqueo de capitales plantea ordinariamente agudos conflictos de intereses, por otra parte plenamente legítimos. Así, la “sensibilidad” de los supervisores financieros difiere notablemente de la de los cuerpos policiales, estando aquéllos más centrados en la gestión del riesgo de “reputación” y en la protección de la estabilidad del sistema financiero, mientras éstos ponen lógicamente el énfasis en la calidad de la información proporcionada por las entidades y en la necesidad de adoptar medidas enérgicas contra aquéllas no plenamente colaboradoras. La ventaja del sistema radica en que la Comisión hace transparente tales conflictos de intereses, integrándolos en una solución única que incorpora los diversos intereses públicos afectados.<sup>488</sup>

---

<sup>487</sup> La Comisión no es sólo un órgano interministerial sino también propiamente interadministrativo, al contar con representantes del Ministerio Fiscal (que no forma parte propiamente de la Administración General del Estado) y de las Comunidades Autónomas con competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana (País Vasco, Cataluña y Navarra). No obstante, orgánicamente la Comisión se halla adscrita a la Secretaría de Estado de Economía, cuyo titular ostenta con carácter nato su Presidencia (artículo 20 LPBC, concordante con el artículo 44.2 del proyecto).

<sup>488</sup> Piénsese, por ejemplo, en la comisión por una entidad de crédito de una infracción grave, que puede llevar aparejada la sanción de amonestación pública o privada (artículo 8

Consecuentemente, el proyecto mantiene la centralidad de la Comisión de Prevención, reforzando sus funciones (véase artículo 44). Estas funciones se desempeñan con el apoyo de dos órganos: la Secretaría de la Comisión y el Servicio Ejecutivo de la Comisión (artículo 45).

(a) La Secretaría de la Comisión<sup>489</sup> ejerce tres tipos de funciones: (i) es el “regulador”, elaborando los proyectos normativos en materia de prevención del blanqueo de capitales, que, en todo caso, han de ser objeto de informe de la Comisión (artículo 13.2.e) LPBC, concordante con el artículo 44.1.k) del proyecto); (ii) coordina la representación internacional en los foros especializados, ostentando el Secretario de la Comisión con carácter nato la jefatura de la delegación española ante el Grupo de Acción Financiera (GAFI); (iii) es la autoridad instructora de los procedimientos sancionadores a que hubiere lugar por la comisión de las infracciones previstas en la ley; no obstante, como importante novedad, el proyecto prevé que la incoación, y en su caso, el sobreseimiento de los procedimientos sancionadores a que hubiere lugar por la comisión de las infracciones previstas en la ley corresponderá al Comité Permanente (artículo 61.1), frente al régimen vigente

---

LPBC, concordante con el artículo 57 del proyecto). El Banco de España será, lógicamente, sensible a los potenciales efectos en la reputación de la entidad derivados de la publicidad de la sanción. Por el contrario, es previsible que los representantes del Ministerio del Interior tiendan a valorar, tanto el efecto de la sanción en relación con la entidad inculpada (prevención especial), como el efecto que la publicidad de la sanción puede tener en la conducta de otras entidades (esto es, la función de prevención general de la sanción).

<sup>489</sup> La Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera ejercerá, además de las competencias que le corresponden en materia de régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, las funciones de Secretaría de la Comisión

en que tal competencia corresponde a la Secretaría de la Comisión (artículo 15.1 LPBC)

(b) El Servicio Ejecutivo de la Comisión ejerce dos tipos de funciones: (i) es la Unidad de Inteligencia Financiera<sup>490</sup> española y (ii) es el supervisor ordinario del cumplimiento por los sujetos obligados de la legislación de prevención del blanqueo de capitales.

Aunque el establecimiento en cada Estado miembro de una<sup>491</sup> Unidad de Inteligencia Financiera nacional viene exigido por la Directiva (artículo 21)<sup>492</sup>, su

---

<sup>490</sup> *"In their simplest form, FIUs (Financial Intelligence Units) are agencies that receive reports of suspicious transactions from financial institutions and other persons and entities, analyze them, and disseminate the resulting intelligence to local law-enforcement agencies and foreign FIUs to combat money laundering". Fondo Monetario Internacional, Financial Intelligence Units. An overview, Washington, 2004, página 4.*

En sentido análogo la Directiva: *"Las transacciones sospechosas deben comunicarse a la unidad de inteligencia financiera (UIF), que sirve como centro nacional de solicitud, recepción, análisis y divulgación a las autoridades competentes de las comunicaciones de transacciones sospechosas y demás información relativa a posibles blanqueos de capitales o financiación del terrorismo"* (considerando 29).

<sup>491</sup> Es una exigencia internacional que la UIF sea única para cada Estado (*"countries should establish a FIU that serves as a national centre for the receiving –and, as permitted, requesting–, analysis and dissemination of STR and other information regarding potential money laundering or terrorist financing"*, Recomendación 26 del GAFI). Consecuentemente, aún en países netamente descentralizados como los Estados Unidos o Suiza, la UIF se incardina en el seno de la Administración federal.

<sup>492</sup> Artículo 21. *"1. Todos los Estados miembros establecerán una UIF a fin de combatir eficazmente el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. 2. La UIF se*

concreta configuración<sup>493</sup> queda a la discreción de las distintas legislaciones nacionales, coexistiendo en la Unión Europea Unidades de Inteligencia Financiera de tipo “administrativo”<sup>494</sup>, “policial”<sup>495</sup> y “judicial”<sup>496</sup>.

---

*establecerá como unidad nacional central. Será responsable de recibir (y, en la medida de sus competencias, solicitar), analizar y divulgar a las autoridades competentes la información que guarde relación con el blanqueo potencial de capitales, la potencial financiación del terrorismo o sea exigida en virtud de las disposiciones legales o reglamentarias nacionales. Se le dotará de los recursos adecuados para que lleve a cabo sus funciones. 3. Los Estados miembros deberán garantizar que la UIF tenga acceso, directa o indirectamente, en el plazo requerido, a la información financiera, administrativa y policial que necesite para llevar a cabo sus funciones de manera adecuada.”*

<sup>493</sup> “The wide variety of arrangements for FIUs may be summarized under four general headings: the administrative-type FIU, the law-enforcement-type FIU, the judicial- or prosecutorial-type FIU and the ‘mixed’ or ‘hybrid’ FIU”. Fondo Monetario Internacional, *Financial Intelligence Units. An overview*, Washington, 2004, página 4.

<sup>494</sup> El tipo “administrativo” es, con mucho, el más frecuente en el derecho comparado, bien como agencia independiente (caso del FINCEN norteamericano), bien como unidad adscrita al Banco central.

<sup>495</sup> Las UIF “policiales” presentan el problema de que los cuerpos policiales no constituyen un interlocutor “natural” de las instituciones financieras, por lo que puede ser más difícil establecer un clima de mutua colaboración. Por ello, este tipo de UIF son propias de países en los que la policía goza de prestigio social y está altamente profesionalizada (caso de Alemania o Suecia).

<sup>496</sup> Las UIF de tipo “judicial” (entendido “judicial” en un sentido lato, pues con más frecuencia se encuentran incardinadas orgánicamente en el seno del Ministerio Fiscal) son comunes en países con un estricto secreto bancario (caso, en la UE, de las UIF de Chipre o Luxemburgo, ambos relevantes centros financieros extraterritoriales).



En el caso de España, al trasponer la Primera Directiva comunitaria, la Ley 19/1993 optó por establecer, sobre la base del existente Servicio Ejecutivo de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios<sup>497</sup>, una UIF de carácter “administrativo”, que, de conformidad con su Reglamento de desarrollo, quedó integrada orgánicamente en el Banco de España<sup>498</sup>. Esta opción resultaba lógica por cuanto: (i) se articulaba el sistema en torno a una unidad en funcionamiento, con el consiguiente ahorro de costes (especialmente en un contexto en el que el Servicio Ejecutivo había visto reducidas drásticamente sus funciones como consecuencia de la liberalización del régimen de control de cambios<sup>499</sup>); (ii) la inserción de la UIF en el Banco de España favorecía la interlocución con las entidades de crédito, especialmente necesaria en las fases iniciales de implantación del sistema.<sup>500</sup>

---

<sup>497</sup> El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios fue creado por Real Decreto 2391/1980, de 10 de octubre, como órgano de trabajo de dicha Comisión, con funciones de investigación de las contravenciones al régimen jurídico de control de cambios (delitos monetarios e infracciones administrativas) y apoyo a las autoridades judiciales (Juzgado Central número Tres de la Audiencia Nacional) y administrativas (Dirección General de Transacciones Exteriores y Banco de España).

<sup>498</sup> Artículo 24.1 RPBC: “El Servicio Ejecutivo de la Comisión, a que se refiere el artículo 15.2 de la Ley 19/1993, estará adscrito al Banco de España, quien nombrará a su Director”.

<sup>499</sup> Aunque la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, no se derogó formalmente hasta la Ley 19/2003, de 4 de julio, el régimen de control de cambios fue efectivamente desmantelado mediante la reforma de su normativa de desarrollo (Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre).

<sup>500</sup> Ello no obstante, lo cierto es que el Banco de España se manifestó en contra de la adscripción de la UIF, por entender que sus funciones le eran ajenas. Esta posición fue asumida por el Consejo de Estado al pronunciarse sobre el proyecto de Reglamento de la

No obstante, aunque este régimen institucional pudo resultar conveniente en 1993, su mantenimiento en el proyecto resultaba desaconsejable por dos razones fundamentales: (i) la adscripción orgánica del Servicio Ejecutivo al Banco de España se compagina mal con su condición de órgano de la Comisión de Prevención (artículo 15.2 LPBC); en la medida en que los actos del Servicio Ejecutivo son imputables a la Comisión y, por extensión, a la Secretaría de Estado de Economía, no resulta funcional que el nombramiento de su Director y la fiscalización de su funcionamiento se atribuya a una institución distinta de la propia Comisión<sup>501</sup>; (ii) el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de prevención no

---

Ley 19/1993, de 28 de diciembre: *"El Consejo de Estado considera que la argumentación expuesta por el Banco de España está sólidamente fundada y que debe ser atendida. Y estima también que de las dos propuestas en que concluye, sería más aconsejable que el Proyecto, ya desde su principio, fijara la adscripción definitiva del Servicio Ejecutivo al órgano al que debe quedar adscrito, evitando situaciones de provisionalidad. La cuestión debe ser meditada. El Consejo sugiere, a este respecto, la conveniencia de que el sistema, en lo posible, se construya en su parte ejecutiva en torno a la Dirección General de Economía Internacional y Transacciones Exteriores, en la forma que se estime más conveniente articularla"* (Dictamen nº 2649/94, de 11 de mayo de 1995). Sin embargo, frente al criterio del Consejo de Estado, el texto final del Reglamento, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, mantuvo la adscripción del Servicio Ejecutivo al Banco de España.

<sup>501</sup> Este punto fue puesto de manifiesto por el GAFI en su Informe de Evaluación Mutua (Mutual Evaluation Report, MER) de junio de 2006: *"Although SEPBLAC is the executive arm of the Commission to prevent Money laundering and monetary crimes, which is composed by several ministries, the Bank of Spain appoints the Director of SEPBLAC and provides its budget (there is no separately identifiable SEPBLAC budget). SEPBLAC should have, as much economic independence as possible; and in addition, Spain should consider appointing or electing the director on a ministerial level or having the appointment made by*

se limita a las entidades de crédito, sometidas al control “ordinario” del Banco de España, sino que incluye asimismo sujetos obligados colocados bajo la responsabilidad de otros supervisores financieros (entidades aseguradoras, empresas de servicios de inversión) o carentes en absoluto de supervisor (por no estar sometido el acceso a reserva de actividad). Por otra parte, tras la UEM, se ha puesto por el Banco Central Europeo un creciente énfasis en la necesidad de evitar que los bancos centrales nacionales asuman la gestión de servicios públicos ajenos a sus funciones institucionales<sup>502</sup>, en la medida en que ello podría suponer una financiación “monetaria” de los Estados, prohibida con carácter general por el artículo 123 TFUE (antiguo artículo 101 TCE).

Consiguientemente, el proyecto se orienta a transformar al Servicio Ejecutivo en un auténtico órgano de la Comisión de Prevención, sometido a las orientaciones e instrucciones de la misma (conforme al artículo 45.3, “el Servicio Ejecutivo de la Comisión es un órgano dependiente, orgánica y funcionalmente, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias”). Sin embargo, dado que resulta impracticable que el Pleno de la Comisión, como tal, ejerza una

---

*the Commission for the Prevention of Money Laundering or by that Commission and the Commission for the Surveillance of Terrorist Financing Activities”.*

<sup>502</sup> “La legislación nacional no puede disponer que el BCN (Banco Central Nacional) financie el desempeño de las funciones de otras entidades del sector público ni las obligaciones del sector público con terceros. Por ejemplo, son incompatibles con la prohibición de financiación monetaria las disposiciones nacionales que autoricen u obliguen al BCN a financiar órganos judiciales o cuasijudiciales que son independientes del BCN y funcionan como una extensión del Estado”. Banco Central Europeo, *Informe de Convergencia*, Frankfurt, 2008, página 25.

fiscalización eficaz<sup>503</sup>, se atribuye a su Comité Permanente la función de “orientar de forma permanente la actuación del Servicio Ejecutivo de la Comisión y aprobar sus directrices de funcionamiento” (artículo 44.1.f) en relación con el artículo 44.2).

No obstante, esta nueva configuración legal no puede desconocer la situación existente, en la que, como consecuencia de su prolongada adscripción orgánica<sup>504</sup>, el Servicio Ejecutivo ha sido “construido” como una unidad del Banco de España. En consecuencia, aunque resulta una política razonable reforzar la dependencia del Servicio Ejecutivo respecto de la Comisión, sería escasamente justificable el desmantelamiento del Servicio Ejecutivo actualmente existente (que ha funcionado razonablemente) para recrear ex novo la unidad en el seno de la Administración General del Estado. Por ello, la nueva regulación se orienta a minimizar el impacto del cambio de adscripción orgánica en el funcionamiento operativo del Servicio Ejecutivo, disponiendo: (1) “los empleados del Banco de España destinados en el Servicio Ejecutivo de la Comisión mantendrán su relación laboral con el Banco de España, dependerán funcionalmente del Servicio Ejecutivo, y se regirán por la normativa que regule el régimen de personal del Banco de España”; con ello se evitará que, como consecuencia del cambio de adscripción orgánica se produzca

---

<sup>503</sup> Ha de tenerse en cuenta que el Pleno de la Comisión únicamente se reúne dos veces al año. Aunque la configuración final de su composición se realizará en vía reglamentaria (artículo 44.2) resulta previsible que se mantenga como un órgano colegiado amplio, de modo que será el Comité Permanente el que ejerza la fiscalización ordinaria y continuada del Servicio Ejecutivo.

<sup>504</sup> Ha de tenerse en cuenta que, aunque la actual adscripción orgánica data del Reglamento de 1995, la efectiva inserción en el Banco es muy anterior, dado que el Servicio Ejecutivo se creó inicialmente en el contexto del régimen de control de cambios.

una “descapitalización” de los recursos humanos del Servicio Ejecutivo<sup>505</sup>; (2) “las competencias relativas al régimen económico, presupuestario y de contratación del Servicio Ejecutivo de la Comisión serán ejercidas por el Banco de España de acuerdo con su normativa específica, suscribiéndose, a estos efectos, el oportuno convenio con la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias”. En la medida en que el ejercicio de tales competencias supondrá la asunción de determinados costes por parte del Banco de España, se hace imprescindible que la Administración del Estado le resarza de los mismos, con el fin de evitar la denominada “financiación monetaria” de los servicios públicos: “El Banco de España, por los gastos que vaya realizando al amparo del presupuesto (del Servicio Ejecutivo) aprobado por la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, formará una cuenta que debidamente justificada remitirá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. La citada Dirección una vez comprobada dicha cuenta la abonará al Banco de España con cargo al concepto no presupuestario que a estos efectos cree la Intervención General de la Administración del Estado”. No obstante, dado que el Estado es el accionista único del Banco de España, “el saldo que presente el citado concepto será regularizado con cargo a los beneficios que el Banco de España ingresa anualmente en el Tesoro Público” (artículo 45.4), con lo que será neutro el efecto agregado sobre la financiación del sector público estatal.

Un segundo punto que debía abordar el proyecto era el relativo al ejercicio de las competencias inspectoras en materia de prevención del blanqueo de capitales. Como hemos señalado anteriormente, en su configuración actual el Servicio

---

<sup>505</sup> El núcleo del Servicio Ejecutivo lo constituyen los “analistas”, personal altamente especializado que examina las comunicaciones de operativa sospechosa. Evidentemente, resultaría lesivo para el interés público que, como consecuencia de la variación del régimen de adscripción del Servicio Ejecutivo, se vieran obligados a ser “recolocados” en otras unidades del Banco de España, mientras el Estado se ve obligado a contratar nuevos analistas para cubrir el personal del “nuevo” Servicio Ejecutivo.

Ejecutivo ostenta la doble condición de “Unidad de Inteligencia Financiera” y órgano especializado de supervisión, configurándose, en consecuencia, un “sistema de supervisión concentrada”<sup>506</sup> (frente a otras legislaciones que atribuyen la verificación de la legislación de prevención del blanqueo de capitales al supervisor ordinario o prudencial<sup>507</sup>).

El “sistema de supervisión concentrada”<sup>508</sup> presenta varias ventajas: (i) asegura una aplicación uniforme de la legislación de prevención a todos los sujetos obligados, especialmente respecto de aquéllos no sometidos a supervisión ordinaria o prudencial<sup>509</sup>; (ii) facilita el intercambio de mejores prácticas entre las distintas categorías de sujetos obligados (generalmente, desde el sector bancario, que cuenta con más medios y experiencia, hacia los sujetos obligados de carácter no financiero); (iii) asegura sinergias con las labores de inteligencia financiera, en un

---

<sup>506</sup> *“In some countries, the FIU is responsible for monitoring compliance with the reporting obligation and the other preventive obligations of all institutions covered by the law, whether they are prudentially supervised or not. This is the case, for example, in Australia, Canada, and Spain”.* Fondo Monetario Internacional, *Financial Intelligence Units. An overview*, Washington, 2004, página 73.

<sup>507</sup> Sea éste el Banco Central o una Agencia de Supervisión Financiera (caso de la FSA británica o del BaFin alemán).

<sup>508</sup> Podría argumentarse que en un sistema de “twin peaks” (véase infra) la supervisión de prevención del blanqueo de capitales se configuraría como un tercer pilar.

<sup>509</sup> Este es el caso de los sujetos obligados de carácter no financiero (conocidos bajo las siglas DNFBPs, “Designated Non-Financial Business and Professions”) que, ordinariamente, no están sometidos a supervisión. Consecuentemente, aún en aquellos países que atribuyen la inspección del cumplimiento de la legislación de prevención del blanqueo de capitales al supervisor financiero, se prevé normalmente que la UIF supervise a los sujetos obligados de carácter no financiero.

doble sentido: desde el punto de vista positivo, refuerza la calidad de las comunicaciones, al permitir a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), a través de la supervisión, dar pautas a los sujetos obligados; desde un punto de vista negativo, asegura que la UIF no quede a expensas del mayor o menor celo que un tercero (normalmente el supervisor ordinario) muestre al inspeccionar el cumplimiento de la legislación de prevención (celo que será previsiblemente reducido, al tenerse que ejercer en beneficio de otra institución, la UIF); (iv) evita los conflictos de intereses con la supervisión prudencial, dado que una labor inspectora rigurosa, que ponga de manifiesto incumplimientos de las entidades financieras en materia de prevención del blanqueo de capitales (por ejemplo, una excesiva laxitud en las políticas de aceptación de clientes), puede resultar incompatible con la misión principal e institucional del supervisor financiero (asegurar la solvencia de las entidades supervisadas).

Sin embargo, el “sistema de supervisión concentrada” presenta dos potenciales inconvenientes: (i) las labores de supervisión e inspección son intensivas en recursos humanos (por otra parte, de elevada cualificación), lo que puede desviar a la UIF de su misión principal (generar inteligencia financiera en beneficio del sistema de justicia penal); (ii) pueden producirse solapamientos con la supervisión ordinaria, duplicando los costes administrativos e incrementando los costes de cumplimiento de las entidades (sometidas a supervisión por dos instituciones diferentes).

Por ello, el proyecto, aunque mantiene el “sistema de supervisión concentrada” en torno al Servicio Ejecutivo<sup>510</sup>, permite la colaboración de los supervisores ordinarios a través de los correspondientes convenios de colaboración con la Comisión de

---

<sup>510</sup> El artículo 47.3.f) atribuye al Servicio Ejecutivo la función de “supervisar e inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos obligados establecidas en esta ley”.

Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.<sup>511</sup> En tales supuestos, el Servicio Ejecutivo deberá ajustar su actividad, respecto de las entidades financieras, a los convenios suscritos, coordinándose sus actuaciones con las de los supervisores ordinarios a través de un Plan Anual de Inspección, que aprobará la Comisión (artículo 44.1.g).

Sin perjuicio de tales convenios, el Servicio Ejecutivo podrá practicar en todo caso respecto de cualesquiera sujetos obligados las actuaciones inspectoras necesarias para comprobar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con las funciones que tiene asignadas (artículo 47.1). Esta última previsión supone reconocer, aún en caso de convenio, un mínimo indisponible en favor del Servicio Ejecutivo, de modo que ésta pueda asegurar autónomamente, como UIF, el cumplimiento por parte de los sujetos obligados de sus obligaciones de comunicación.

#### Valoración del proyecto

---

<sup>511</sup> El artículo 46.1.m) atribuye a la Comisión la función de “acordar con los órganos supervisores de las entidades financieras, mediante la firma de los oportunos convenios, la coordinación de sus actuaciones con las del Servicio Ejecutivo de la Comisión en materia de supervisión e inspección del cumplimiento de las obligaciones impuestas a tales entidades en esta ley, con objeto de asegurar la eficiencia en la realización de sus cometidos. En dichos convenios se podrá prever que, sin perjuicio de las competencias de supervisión e inspección del Servicio Ejecutivo, los citados órganos supervisores ejerzan funciones de supervisión del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los capítulos II, III y IV de esta ley con respecto a los sujetos obligados y asuman la función de efectuar recomendaciones, así como proponer requerimientos a formular por el Comité Permanente de la Comisión.”



Resulta extremadamente criticable que, siendo España un país sometido a riesgos particularmente intensos<sup>512</sup>, la transposición de la Tercera Directiva se haya emprendido con notable retraso respecto de la fecha límite de 15 de diciembre de 2007.

No obstante, lo cierto es que el proyecto finalmente presentado supone una notable actualización de la vigente legislación de prevención a la luz de las mejores prácticas internacionales, si bien manteniendo, en la medida de lo posible, las técnicas y terminología propias de nuestra tradición jurídica. Aunque indudablemente algunas de las soluciones jurídicas adoptadas resultan discutibles<sup>513</sup>, el proyecto, en su conjunto, resulta coherente con los riesgos existentes en nuestro país.

A expensas del trámite parlamentario, y del eventual desarrollo reglamentario, el texto presentado supone, en consecuencia, un reforzamiento razonable de las obligaciones de prevención de los sujetos obligados, lo que combinado con el amplio reconocimiento del "criterio del riesgo", permitirá a éstos concentrar sus

---

<sup>512</sup> Es indudable que España, por una serie de factores (geográficos, culturales, económicos...), se ha convertido en un importante punto de entrada de droga en Europa, lo que ha favorecido el establecimiento en nuestro país de importantes redes de crimen organizado.

Como ha señalado la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen (UNODC), "Spain is the main entry point of cocaine into Europe and traffickers exploit Spain's historic and linguistic ties with Latin America, as well as its long coastline". United Nations Office on Drugs and Crime, *Cocaine trafficking in Western Africa*, Viena, octubre de 2007, página 6.

<sup>513</sup> Algunas de las previsiones más ambiciosas del texto sometido a audiencia pública (como la extensión del concepto de "persona del medio político" a todos los altos cargos y cargos electos de las Administraciones públicas españolas, artículo 14) han sido abandonadas durante la tramitación del proyecto.

recursos técnicos y humanos en aquellos segmentos de negocio más vulnerables, incrementando moderadamente los costes de cumplimiento.

En definitiva, el proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo presenta un alto contenido técnico (lo que resulta lógico, dado su carácter profesional), no obstante lo cual, no puede minusvalorarse su previsible incidencia en la práctica económica, mercantil y bancaria, configurándose como una legislación con un importante impacto social.

## **5. Las potestades administrativas**

### **5.1. El control e inspección de las entidades de crédito**

Con carácter general, corresponderá al Banco de España el control e inspección de las entidades de crédito<sup>514</sup>, extendiéndose esta competencia a cualquier oficina o centro dentro o fuera del territorio nacional (artículo 43 bis LDIEC).<sup>515</sup>

La inspección del Banco de España se extenderá asimismo:

- (1) A las sociedades no bancarias que se integren en el grupo de una entidad de crédito, en la medida en que lo exija el cumplimiento de las funciones encomendadas al Banco de España.
- (2) A los grupos consolidables de entidades de crédito, en los términos de la Ley 13/1992, de 1 de junio.<sup>516</sup>
- (3) A las sucursales de entidades de crédito extranjeras. No obstante, en el caso de las sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, la inspección del Banco de España, sin perjuicio de verificar que la actividad de la sucursal se realiza de conformidad con las normas de interés general, se limitará al ejercicio de sus propias competencias de control, en

---

<sup>514</sup> La inspección se realizará a través del personal del Cuerpo de Inspectores de Entidades de Crédito.

<sup>515</sup> Se entiende sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas y de lo que resulte de los convenios entre el Banco de España y las Comunidades Autónomas (apartado 8 del artículo 43 bis LDIEC).

<sup>516</sup> Véase la Ley 5/2005, de 22 de abril.

particular en lo que se refiere a la liquidez de la sucursal, la ejecución de la política monetaria y el adecuado funcionamiento del sistema de pagos. La supervisión prudencial, de conformidad con las normas comunitarias de coordinación bancaria, se realizará por el supervisor de origen, limitándose el Banco de España a colaborar con las autoridades supervisoras del Estado miembro donde la entidad esté autorizada, especialmente en la vigilancia de los riesgos que asuman por operaciones realizadas en los mercados españoles (apartado segundo del artículo 43 bis LDIEC).

(4) A las personas españolas que controlen entidades de crédito de otros Estados miembros de la Unión Europea, dentro del marco de la colaboración con las autoridades responsables de la supervisión de dichas entidades de crédito.

## **5.2. Medidas de intervención y sustitución**

Con carácter general, la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección únicamente podrá acordarse cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

(1) Que la entidad se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia (artículo 31.1 LDIEC).

Como ha señalado el Tribunal Supremo *“la finalidad de la medida (de intervención o sustitución) es, por tanto, evitar que el peligro, que en ese momento es potencial, se transforme en real, con el consiguiente daño que ello supondría no sólo para la entidad y sus clientes, sino para todo el sistema financiero en general, que tendría que reparar las consecuencias derivadas de la insolvencia”* por lo que *“no es preciso que ya se esté en situación de insolvencia, iliquidez, inestabilidad o ineficiencia de sus recursos propios, sino que basta que haya un peligro evidente*

*de que se produzcan, no necesariamente todas estas situaciones, sino cualquiera de ellas, como claramente se desprende de la conjunción disyuntiva que usa la norma, por lo que resulta indiferente que algunas pérdidas, como señala uno de los recurrentes, sean reversibles, si basta la mera inestabilidad de la entidad, para que la medida pueda ser acordada” (STS de 14 de marzo de 2006, RJ 2006/1637, caso BANESTO).*

(2) Que, existiendo indicios fundados de que concurre tal situación de excepcional gravedad, la verdadera situación de la entidad de crédito no pueda deducirse de su contabilidad (artículo 31.2 LDIEC).

Se trata, no obstante, de dos medidas de distinta intensidad:

(1) La intervención (artículo 35.1 LDIEC)<sup>517</sup> determina que los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad de crédito no serán válidos ni podrán llevarse a efecto sin la aprobación expresa de los interventores designados (si bien, con objeto de preservar el derecho de defensa de la entidad, se exceptúa el ejercicio de acciones o recursos en relación con la propia medida de intervención o con la actuación de los interventores).<sup>518</sup>

---

<sup>517</sup> Medida distinta de la intervención de la entidad de crédito es la intervención de las operaciones de liquidación en caso de disolución (artículo 38 LDIEC).

<sup>518</sup> Asimismo, los interventores designados estarán facultados para revocar cuantos poderes o delegaciones hubieren sido conferidos por el órgano de administración de la entidad de crédito o por sus apoderados o delegados con anterioridad a la fecha de publicación del acuerdo de intervención (los poderes conferidos con posterioridad sin la aprobación expresa de los interventores no son revocables sino nulos). Adoptada tal medida se procederá por los interventores a exigir la devolución de los documentos en que constaren los apoderamientos, así como a promover la inscripción de su revocación en los registros públicos competentes (artículo 35.2 LDIEC).

(2) La sustitución supone el nombramiento de uno o varios administradores provisionales que asumirán las funciones de los órganos de administración y dirección de la entidad de crédito. Respecto de los actos o acuerdos de la Junta General o Asamblea de la entidad, los administradores provisionales designados tendrán el carácter de interventores (artículo 36.1 LDIEC).<sup>519</sup>

La adopción de una u otra medida entra dentro de la discrecionalidad técnica de la Administración crediticia, no siendo revisable jurisdiccionalmente salvo que medie arbitrariedad o desviación de poder.<sup>520</sup>

---

<sup>519</sup> Consecuentemente, los actos o acuerdos de la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito no serán válidos ni podrán llevarse a efecto sin la aprobación expresa de los administradores-interventores. Se trata, evidentemente, de evitar que la Junta adopte acuerdos que dificulten o imposibiliten la gestión de los administradores. En particular, no procederá acordar la separación de los administradores designados por el Banco de España (artículo 131 LSA) o el nombramiento de nuevos administradores (artículo 123 LSA). Por el contrario, una vez acordado por el Banco de España el cese de la medida de sustitución, los administradores provisionales procederán a convocar inmediatamente la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito, en la que se nombrará el nuevo órgano de administración. Hasta la toma de posesión de éste, los administradores provisionales seguirán ejerciendo sus funciones (artículo 37 LDIEC).

<sup>520</sup> *"El que se haya acudido a la sustitución de los administradores y no a la intervención de la entidad, conforme a la elección que permite el art. 33 de la LDIEC, es una cuestión que no puede ser discutida, pues salvo en supuestos de arbitrariedad que aquí no se aprecian, es la discrecionalidad técnica de la Administración la que debe decidir cual es la que satisface mejor los intereses generales. En este punto deben darse por reproducidos los razonamientos de la sentencia recurrida, que se aceptan en lo relativo a la eficacia, coordinación y proporcionalidad del acto impugnado"* (STS de 14 de marzo de 2006, RJ 2006/1637).

Además de los requisitos de carácter sustantivo a que se refiere el artículo 31 LDIEC, la adopción de las medidas de intervención o sustitución estará sujeta las siguientes exigencias procedimentales:

- (1) Las medidas de intervención o sustitución se acordarán por el Banco de España, dando cuenta razonada de su adopción al Ministro de Economía y Hacienda (artículo 32.1 LDIEC). La exposición razonada al Ministro se justifica, tanto por las implicaciones que para la política económica general pueden derivarse de la sustitución o intervención de una entidad de crédito, como, en general, por el superior poder de dirección que el Gobierno ejerce, respecto del Banco de España, en las materias no transferidas al SEBC (véase sección 7.3.2).
- (2) Las medidas de intervención o sustitución podrán adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o con independencia del ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 31.3 LDIEC).

---

En tales casos, el juicio discrecional de la Administración no puede ser sustituido por los Tribunales: *“El determinar cuando se da esta imposibilidad y cuando no, así como cuáles sean las condiciones a aplicar en este último supuesto, es cuestión que corresponde al Gobierno, que en este campo actúa con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad, y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional”* (STS de 3 de octubre de 2006, RJ 2006/6651, asunto Vía Digital-Sogecable).

En consecuencia, la intervención o sustitución *“no es (...) una medida dirigida a reprobar una conducta supuestamente ilícita”* (STS de 14 de marzo de 2006), esto es, no tiene carácter sancionador, con dos importantes consecuencias: (a) no resultan aplicables a la adopción de los acuerdos de intervención o sustitución las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador<sup>521</sup>; (b) las medidas de intervención o sustitución acordadas tienen carácter autónomo, de modo que su validez o eficacia no resulta afectada o condicionada por la exigibilidad o no de responsabilidades disciplinarias.<sup>522</sup>

(3) Los acuerdos de intervención o sustitución se adoptarán previa audiencia de la entidad de crédito interesada durante el plazo que se le conceda al efecto, que no podrá ser inferior a cinco días. No obstante, tal audiencia no será necesaria en el caso de que haya precedido petición de la propia entidad<sup>523</sup> o

---

<sup>521</sup> *“Partiendo de este carácter autónomo, caen por su base los argumentos de las partes recurrentes dirigidos a poner de manifiesto la ilegalidad de la sustitución de los administradores de Banesto por falta de cumplimiento de las garantías propias de los procedimientos sancionadores. La rigidez formal de estos procedimientos pretende ante todo salvaguardar el derecho de defensa del interesado, mientras que en el que se regula la intervención y sustitución en las entidades de crédito prima el interés general de que la economía no sufra quebranto como consecuencia del riesgo que ocasiona determinadas situaciones en que pueden caer estas entidades de crédito”* (STS de 14 de marzo de 2006, RJ 2006/1637).

<sup>522</sup> Así ocurrió paradigmáticamente en el caso BANESTO, pues las sanciones impuestas a los administradores fueron anuladas por la Audiencia Nacional por defectos formales en la composición del órgano resolutorio del procedimiento disciplinario, no obstante lo cual, el Tribunal Supremo confirmó la legalidad del Acuerdo del Consejo Ejecutivo del Banco de España por el que se decidió la sustitución del Consejo de Administración del banco.

<sup>523</sup> La LDIEC permite la adopción del acuerdo de intervención o sustitución a petición fundada de la propia entidad, pudiendo formular la petición no sólo los administradores de



cuando el retraso que tal trámite origine comprometa gravemente la efectividad de la medida o los intereses económicos afectados (artículo 33 LDIEC).<sup>524</sup>

(4) Una vez adoptados, los acuerdos de intervención o sustitución serán objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado y de inscripción en los registros públicos correspondientes (artículo 34.1 LDIEC).

(5) Los acuerdos de intervención o sustitución son susceptibles de recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda. Así resulta con carácter general del artículo 2.2 LABE<sup>525</sup> y lo confirma el inciso final del artículo 33 al

---

la entidad de crédito, sino también el correspondiente órgano de fiscalización interna y, en su caso, una minoría de socios que sea, al menos, igual a la que exija la legislación respectiva para instar la convocatoria de una Asamblea o Junta General Extraordinaria (artículo 32.2 LDIEC). Téngase en cuenta que, de conformidad con el artículo 100 LSA, los administradores deberán convocar Junta General Extraordinaria cuando lo soliciten socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social.

<sup>524</sup> El Tribunal Supremo rechaza que la adopción de las medidas de intervención o sustitución 'inaudita parte' infrinja el derecho constitucional a la tutela efectiva: *"Este interés de protección del conjunto de la economía, al que se refiere la Exposición de Motivos (de la LDIEC), permite, en los supuestos excepcionales que se contemplan en el mencionado artículo 33, que queden subordinados al mismo otros intereses de tutela, que aunque también son dignos de protección, su respeto podría perjudicar aquel otro que se considera prevalente, máxime cuando a través del mecanismo de los recursos administrativos y jurisdiccionales, la posible indefensión y ausencia de contradicción que pudiera derivarse de la inicial falta de audiencia, quedarían subsanados en los procesos posteriores en los que los interesados pueden hacer efectivo su derecho de defensa"* (STS de 14 de marzo de 2006, RJ 2006/1637).

<sup>525</sup> *"Los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de otras funciones (distintas de la política monetaria y la emisión de billetes), así como las*

establecer un plazo de diez días para la resolución de los recursos de alzada contra los acuerdos de intervención o sustitución adoptados *inaudita parte*.<sup>526</sup>

El acuerdo de intervención o sustitución producirá los efectos siguientes:

(1) Designar a la persona o personas que hayan de ejercer las funciones de intervención o que hayan de actuar como administradores provisionales (artículo 34.1 LDIEC), no rigiendo las normas de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>527</sup>. Dado

---

*sanciones que imponga, serán susceptibles de recurso ordinario (hoy de alzada) ante el Ministro de Economía y Hacienda”.*

<sup>526</sup> Se trata de una alzada impropia, en la medida en que el Ministro de Economía y Hacienda no es el “órgano superior jerárquico” del Banco de España (véase artículo 114.1 LRJPAC).

<sup>527</sup> *“Tales infracciones (alegadas por los recurrentes) no se producen en la situación excepcional y transitoria que la medida de sustitución representa. El carácter provisional de la misma implica que el régimen ordinario de administración sea sustituido por medidas extraordinarias, en el que las reglas generales de aplicación a la administración de las sociedades anónimas no tengan virtualidad propia. Ello se induce de los propios preceptos de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que se aparta del régimen de estas sociedades durante la vigencia de la medida, como lo demuestra que permita la designación de una sola persona como administrador provisional, la posibilidad de que los administradores provisionales actúen conjunta, mancomunada o solidariamente, la suspensión de las obligaciones de formular las cuentas anuales y la aprobación de éstas y de la gestión social, facultad para suspender los acuerdos de la Junta General. Debe tenerse en cuenta que el artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas está admitiendo la posibilidad de que estas entidades se rijan por disposiciones que les sean específicamente aplicables, como es el caso de la LDIEC en el punto que aquí se examina. Además las designaciones se hacen a título personal, desvinculándolas de su procedencia, de tal forma que las posibles incompatibilidades, caso de existir, habrían desaparecido desde el*

que el acuerdo es de carácter inmediatamente ejecutivo (artículo 34.2 LDIEC), una vez notificado<sup>528</sup> a la entidad, se producirá *ipso iure* la remoción de los administradores (en el caso de las medidas de sustitución) o el sometimiento de los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad de crédito a la aprobación expresa de los interventores (en el supuesto de medidas de intervención).

(2) La eficacia del acuerdo frente a terceros viene determinada por la publicación oficial e inscripción en los registros públicos correspondientes (artículo 34.2 LDIEC). Consecuentemente, no será oponible a terceros onerosos de buena fe<sup>529</sup> la nulidad de los actos o negocios de la entidad de crédito adoptados sin aprobación de los interventores o acordados por los administradores removidos.

(3) Cuando ello resulte necesario para la ejecución del acuerdo de intervención o de sustitución podrá llegarse a la compulsión directa para la toma de posesión de las oficinas, libros y documentos correspondientes o para el examen

---

*momento en que los designados se encuentran en situación de cese transitorio en sus entidades de origen*" (STS de 14 de marzo de 2006, RJ 2006/1637). La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha mantenido la misma tesis (permitir la adopción de la medida de suspensión sin necesidad de previa audiencia) en Sentencias de 23 de febrero de 1998 y 9 de abril de 1999, aunque referidas a la ejecución de obras o actividades sin licencia o contra la misma.

<sup>528</sup> A pesar de la referencia de la LDIEC al "carácter inmediatamente ejecutivo" del acuerdo de intervención o sustitución, su eficacia parece que debe entenderse supeditada a la notificación a la entidad (artículo 57.2 LRJPAC).

<sup>529</sup> Aunque la LDIEC únicamente se refiere a los "terceros", no estará protegido: (1) El tercero de mala fe (esto es, el que antes de la conclusión del negocio conoce el acuerdo de intervención o sustitución o que coopera con los administradores en su elusión). (2) El tercero a título gratuito, dado el carácter mercantil de las operaciones bancarias.

de estos últimos (artículo 34.3 LDIEC). Al tratarse del medio de ejecución forzosa potencialmente más lesivo para los derechos fundamentales, la compulsión deberá considerarse como última ratio (esto es, para el caso de que la entidad, previo el preceptivo apercibiendo, exigible de conformidad con el artículo 95 LRJPAC, resistiese la toma de posesión).

### **5.3. Régimen sancionador**

De conformidad con el artículo 1 LDIEC, están sujetas a responsabilidad administrativa<sup>530</sup> por infracción de las normas de ordenación y disciplina<sup>531</sup>:

---

<sup>530</sup> Como señala Cano Campos, *“la Constitución española de 1978 (CE) ha sido duramente criticada por reconocer expresamente la potestad sancionadora de la Administración, algo que hasta ahora no se había atrevido a hacer ninguna de sus antecesoras. Pero esta circunstancia admite, en mi opinión, una lectura positiva, pues no sólo ha supuesto el reconocimiento al más alto nivel normativo de un hecho que una tradición secular y la realidad presente imponían (la imposición de sanciones por parte de la Administración desde los orígenes mismos del constitucionalismo hasta nuestros días), sino también el encuadramiento de dicha potestad dentro de unos límites, indisponibles no sólo para la Administración, sino también para el propio legislador, que contribuyen a su juridificación y racionalización”*. Cano Campos, Tomás, *La analogía en el Derecho administrativo sancionador*, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Cívitas, número 113, enero-marzo de 2002, página 51.

<sup>531</sup> Se consideran normas de ordenación y disciplina las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas. Entre tales disposiciones se entenderán comprendidas tanto las aprobadas por órganos del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España (artículo 1.5 LDIEC).

(1) Las entidades de crédito, considerándose tales las enumeradas en el artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio.

El régimen sancionador previsto en la LDIEC será también de aplicación a las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras. No obstante, en relación con las sucursales de entidades de crédito domiciliadas en otro Estado de la Unión Europea la responsabilidad exigible vendrá limitada por las competencias de control del supervisor de destino de acuerdo con las normas de coordinación bancaria (liquidez de la sucursal, ejecución de la política monetaria y adecuado funcionamiento del sistema de pagos).<sup>532</sup>

Aunque no tienen la condición de entidades de crédito, quedan asimismo sujetos al régimen sancionador de la LDIEC los establecimientos de cambio de moneda (artículo 178 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y artículo 7 del Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre) y las sociedades de tasación (con las especialidades establecidas en la disposición adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril).

(2) Quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades de crédito<sup>533</sup>, esto es, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de

---

<sup>532</sup> En estos casos se comunicará la incoación de expediente a las autoridades supervisoras de origen. Resuelto el expediente, el Banco de España notificará la decisión adoptada a las citadas autoridades y, cuando implique una sanción por infracción grave o muy grave, a la Comisión Europea (artículo 23 LDIEC).

<sup>533</sup> Téngase en cuenta que serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos: (a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado

administración, sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo, y las personas que dirijan las sucursales de entidades de crédito extranjeras en España (en este último caso, nuevamente con las limitaciones derivadas de las normas comunitarias de coordinación bancaria).

(3) Las personas físicas o jurídicas, incluidos quienes ostenten cargos de administración o dirección, que posean una participación significativa en una entidad de crédito española, esto es, aquella que alcance de forma directa o indirecta, al menos el 10 por 100 del capital o de los derechos de voto de la entidad o, que sin llegar a dicho porcentaje, permita ejercer una influencia notable en la entidad.

(4) Las personas físicas o jurídicas, incluidos quienes ostenten cargos de administración o dirección, que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Con carácter general<sup>534</sup>, será competente para la instrucción de los expedientes sancionadores por infracción de normas de ordenación y disciplina el Banco de España (artículo 18 LDIEC). El procedimiento se regirá por el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los

---

su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones. (b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad (artículo 15.2 LDIEC).

<sup>534</sup> Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 42 LDIEC.

sujetos que actúan en los mercados financieros (en adelante RSMF)<sup>535</sup>, y, supletoriamente, por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, RPS).<sup>536</sup>

De conformidad con el artículo 11.1 RPS, el procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia. En el caso de los expedientes de disciplina, la incoación se producirá ordinariamente por propia iniciativa<sup>537</sup> del Banco de España, como consecuencia de

---

<sup>535</sup> Conforme a la disposición adicional tercera de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre Sistemas de Pagos y de Liquidación de Valores, *“el plazo para resolver y notificar la resolución en el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, regulado por el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, será de un año ampliable conforme a lo previsto en los artículos 42.6 y 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”* No rige, en consecuencia, el plazo general de seis meses establecido en el artículo 42.2 LRJPAC, ampliación que debe considerarse razonable a la luz de los trámites adicionales establecidos en el Real Decreto 2119/1993 y de la complejidad que ordinariamente implican estos expedientes.

<sup>536</sup> No obstante, en el caso de infracciones leves, la sanción podrá imponerse en expediente sumario, en el que únicamente será preceptiva la audiencia de la entidad interesada (artículo 20 LDIEC).

<sup>537</sup> Se entiende por propia iniciativa la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación (artículo 11.1.a) RPS).

hechos puestos de manifiesto por los servicios de inspección (integrados orgánicamente en la Dirección General de Supervisión)<sup>538</sup>.

El acuerdo de incoación contendrá la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, la designación de instructor con expresa indicación del régimen de recusación, las medidas de carácter provisional acordadas, y la indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio. A diferencia del procedimiento sancionador ordinario, el acuerdo no contendrá la calificación de los hechos que motivan la incoación y la determinación de las sanciones que pudieran corresponder, que se diferirán al pliego de cargos (artículo 3 RSMF en relación con el artículo 13.1 RPS).

El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al inculpado (artículo 13.2 RPS)<sup>539</sup>. Téngase en cuenta que transcurridos dos meses desde la fecha en que se inició el

---

<sup>538</sup> Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias que concurren en unos y otros (artículo 12 RPS).

<sup>539</sup> El órgano que hubiera adoptado las medidas provisionales podrá disponer, si la naturaleza de las mismas y las circunstancias del caso así lo aconsejan, la publicación de aquéllas, según lo previsto en el artículo 60 LRJPAC, y su inscripción en los Registros públicos que corresponda, especialmente en el caso que su destinatario no las cumpliera voluntariamente (artículo 5.2 RSMF).



procedimiento sin haberse practicado la notificación, se procederá al archivo de las actuaciones, notificándose al imputado, sin perjuicio de las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir (artículo 6.2 RPS).

El acuerdo de incoación es un acto de mero trámite, por lo que no será recurrible directamente, debiendo sustanciarse la oposición al mismo al impugnar la resolución que ponga fin al procedimiento, salvo indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (artículos 107.1 LRJPAC y 25.1 LJ). En particular, serán impugnables las medidas provisionales adoptadas en el acuerdo de incoación (artículo 13.1.d) RPS) que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes (artículo 72.3 LRJPAC). En este sentido, parece que debe entenderse independientemente recurrible (aunque lógicamente sin prejuzgar su adecuación o no al ordenamiento jurídico) la medida de suspensión provisional de las personas que, ostentando cargos de administración o dirección en la entidad de crédito, aparezcan como presuntos responsables de infracciones muy graves, medida que podrá adoptarse en el acuerdo de incoación o durante la tramitación del expediente siempre que ello resulte aconsejable para la protección del sistema financiero o de los intereses económicos afectados (artículo 24.1 LDIEC).<sup>540</sup>

El acuerdo de incoación contiene la designación del instructor que, tras su toma de posesión, es responsable de impulsar el procedimiento, debiendo desarrollar las diligencias necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba redactarse el pliego de cargos. A estos efectos,

---

<sup>540</sup> Si resultase estrictamente necesario para asegurar la continuidad en la administración y dirección de la entidad de crédito, podrá disponerse el nombramiento, con carácter provisional, de los miembros que se precisen para que el órgano colegiado de administración pueda adoptar acuerdos o de uno o más administradores, señalando sus funciones (artículo 17 LDIEC).

el instructor podrá solicitar que se emitan cuantos informes técnicos o jurídicos sean necesarios, atendiendo a la complejidad de la materia (artículo 5.1 RSMF)<sup>541</sup>.

En este punto, debe subrayarse que como consecuencia de las diligencias instructoras pueden ponerse de manifiesto incumplimientos no contenidos en el informe de la inspección por cuanto la incoación del procedimiento se realiza *“sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”* (artículo 13.1.b) RPS).<sup>542</sup>

A la vista de las actuaciones, el instructor formulará el pliego de cargos con el siguiente contenido específico: (1) Diligencias practicadas hasta el momento de su formulación. (2) Concreción de los hechos imputados a cada presunto responsable.

---

<sup>541</sup> En sentido análogo, si bien no desde la perspectiva de las facultades del instructor sino del deber de colaborar con el mismo, el artículo 14.1 RPS: *“En los términos previstos por el artículo 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los órganos y dependencias administrativas pertenecientes a cualquiera de las Administraciones Públicas facilitarán al órgano instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de sus actuaciones.”*

<sup>542</sup> *“La constatación inicial de unas posibles imputaciones que dan lugar al expediente sancionador no prejuzgan la calificación que en definitiva puedan merecer los hechos que resulten investigados a lo largo del mismo, y menos todavía cuando la modificación se produce como consecuencia de las mismas alegaciones del expedientado, a quien se da a conocer y otorga audiencia de las nuevas acusaciones. Bien claramente explícita el artículo 138.2 que ‘en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento’, añadiendo el artículo 13.c) del Reglamento mencionado que en el acuerdo de iniciación se indicarán los hechos que originen el procedimiento, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, y especificando el 16.3 que, ‘si con motivo de la instrucción resultase modificada la determinación inicial de los hechos... se notificará todo ello al inculpado...”* (STS 12 Diciembre 2001, RJ 2002/1120).

(3) Tipificación de la infracción. (4) Sanciones que se podrían imponer. (5) Autoridad competente para imponer la o las sanciones y norma que atribuya tal competencia.

El pliego de cargos es un trámite específico del procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, no previsto con carácter general en el RPS (en el que la calificación de los hechos se realiza directamente en el acuerdo de incoación, artículo 13.1.b). Como manifestación del principio acusatorio, el pliego de cargos “fija” la imputación, de modo que en la propuesta de resolución el instructor habrá de someterse a la tipificación contenida en el pliego (sin perjuicio de retrotraer el procedimiento y formular nuevo pliego de cargos si de la instrucción resultaran nuevos hechos sancionables).

Notificado el pliego de cargos, podrán los interesados contestarlo en el plazo de veinte días, aportando todos los documentos o alegaciones que estimen convenientes y en su caso proponer prueba, concretando los medios de que pretendan valerse (artículo 7 RSMF).<sup>543</sup>

La apertura de periodo de prueba podrá acordarse por el instructor, de oficio o a instancia del interesado, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días (artículo 17 RPS). En los expedientes de disciplina, la prueba será ordinariamente propuesta por el interesado, con objeto de desvirtuar el contenido del informe de inspección.

Concluida, en su caso, la prueba, el instructor formulará propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción

---

<sup>543</sup> Contestado el pliego de cargos, el instructor podrá acordar, de oficio o a petición de los interesados formulada en su contestación al mencionado pliego, la práctica de las pruebas adicionales que estime necesarias (artículo 23 LDIEC).

que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga, o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad (artículo 18 RPS).

Los incumplimientos de normas de ordenación y disciplina podrán constituir infracciones muy graves (artículo 4 LDIEC), graves (artículo 5 LDIEC) o leves (artículo 6). En este punto, aunque la LDIEC ha supuesto un notable avance respecto de la situación anterior, la tipificación de las infracciones continúa adoleciendo de cierta indefinición (así, conductas sustancialmente idénticas pueden ser calificadas como infracciones graves o muy graves atendiendo a criterios como "su carácter meramente ocasional o aislado").

La propuesta de resolución se notificará a los interesados, indicándoles la puesta de manifiesto del procedimiento. A la notificación se acompañará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que los interesados puedan obtener las copias de los que estimen convenientes, concediéndoseles un plazo de veinte días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento (artículo 19.1 RPS en relación con el artículo 8.1.c) RSMF).

Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo para efectuarlas, el instructor remitirá la propuesta, junto al expediente, al órgano que acordó la iniciación, para que lo resuelva o lo eleve al que competa la decisión, cuando corresponda a órgano distinto (artículo 8.2 RSMF). De conformidad con el artículo 18 LDIEC, corresponderá (1) al Banco de España la imposición de sanciones por infracciones graves<sup>544</sup> y leves<sup>545</sup>, y (2) al Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del

---

<sup>544</sup> Por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad de crédito una o más de las siguientes sanciones: (a) Multa por importe de hasta el medio por ciento de sus

Banco de España, la imposición de sanciones por infracciones muy graves<sup>546</sup>, salvo la de revocación de la autorización, que se impondrá por el Consejo de Ministros.

De acuerdo con el artículo 25.1 LDIEC, las sanciones<sup>547</sup> por infracción de normas de ordenación y disciplina impuestas por el Consejo de Ministros, el Ministro de

---

recursos propios, o hasta 150.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. (b) Amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado (artículo 10 LDIEC). Para las sanciones a cargos de administración por infracciones graves, véase artículo 13 LDIEC.

<sup>545</sup> Por la comisión de infracciones leves se impondrá a la entidad de crédito una de las siguientes sanciones: (a) Amonestación privada. (b) Multa por importe de hasta 60.000 euros (artículo 11 LDIEC).

<sup>546</sup> Por la comisión de infracciones muy graves será impuesta a la entidad de crédito infractora, una o más de las siguientes sanciones: (a) Multa por importe de hasta el 1 por 100 de sus recursos propios o hasta 300.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. (b) Revocación de la autorización de la entidad. En el caso de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, la sanción de revocación de la autorización se entenderá sustituida por la prohibición de que inicie nuevas operaciones en territorio español. (c) Amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado (artículo 9 LDIEC). Para las sanciones a cargos de administración por infracciones muy graves, véase artículo 12 LDIEC.

<sup>547</sup> En los casos en que concurra asimismo infracción penal habrá de acudir, como señala Cano Campos, a los "instrumentos técnicos" de garantía del principio *non bis in idem*. Véase, Cano Campos, Tomás, *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, Revista de Administración Pública, CEPC, Madrid, número 156, septiembre-diciembre de 2001, páginas 191 a 249.

Economía y Hacienda o el Banco de España serán inmediatamente ejecutivas<sup>548</sup>, sin perjuicio de su eventual suspensión administrativa (artículo 111.2 LRJPAC) o judicial (artículos 129 a 136 LJ). No obstante, las sanciones de amonestación pública o de suspensión que imponga el Banco de España no serán ejecutivas en tanto no hayan ganado firmeza en vía administrativa (esto es, una vez resuelto por el Ministro el recurso de alzada o transcurrido el plazo para su interposición, artículo 115 LRJPAC).

Las sanciones impuestas son objeto de diversos grados de publicidad (artículo 27 LDIEC):

(1) La imposición de las sanciones, con excepción de la de amonestación privada<sup>549</sup>, se hará constar en los registros administrativos de las entidades de crédito y altos cargos que correspondan. Las sanciones de suspensión, separación y separación con inhabilitación, una vez sean ejecutivas, se harán constar además, en su caso, en el Registro Mercantil o en el Registro de Cooperativas.

(2) Las sanciones impuestas a la entidad de crédito o a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en la misma deberán ser objeto de comunicación a la inmediata Junta o Asamblea General que se celebre.

---

<sup>548</sup> Se trata de una excepción (parcial) a la regla general establecida en el artículo 138.3 LRJPAC (*"la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa"*) pues la resoluciones del Banco de España no ponen fin a la vía administrativa al ser susceptibles de recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda (artículo 25.2 LDIEC).

<sup>549</sup> La sanción de amonestación privada es, ciertamente, de eficacia discutible. Aunque sin duda puede argumentarse que supone un cierto "reproche moral", parece que éste ya va implícito en la imputación de conductas contrarias al ordenamiento jurídico.

(3) Las sanciones por infracciones muy graves serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado una vez que sean firmes. También será objeto de dicha publicación la de amonestación pública. La autoridad que imponga las restantes sanciones por infracciones graves podrá disponer asimismo su publicación en el Boletín Oficial del Estado una vez que las mismas adquieran firmeza.

*Algunos aspectos problemáticos en la actual regulación del procedimiento administrativo sancionador contra entidades de crédito*

(1) *Los hechos base del procedimiento. El estatuto de los inspectores del Banco de España*

Como se ha señalado anteriormente, en los expedientes de disciplina bancaria, la incoación del procedimiento administrativo sancionador se produce ordinariamente por propia iniciativa del Banco de España, como consecuencia de hechos puestos de manifiesto por sus servicios de inspección, hechos que se incorporan a un informe suscrito por los inspectores actuantes. Surge aquí el problema de la virtualidad o eficacia jurídica que deba atribuirse en el procedimiento a los hechos descritos por los inspectores en los referidos informes.<sup>550</sup>

En este punto, puede ciertamente discutirse que las actas e informes elaborados por los inspectores del Banco de España gocen de la presunción de veracidad establecida en el artículo 137.3 LRJPAC (*“los hechos constatados por funcionarios*

---

<sup>550</sup> Cuestión distinta de la *presunción de veracidad de los hechos* consignados por los inspectores será, obviamente, la *presunción de validez de la resolución*. Véase, a este respecto, la brillante defensa que de esta “exigencia elemental de orden y seguridad” hace Manuel Rebollo Puig en *La presunción de validez*, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, número 128, octubre-diciembre de 2005, páginas 589 a 638.

*a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”,* previsión reiterada con idéntica dicción en el artículo 17.5 RPS) en la medida en que los referidos inspectores carecen de la condición de funcionarios públicos, al hallarse vinculados al Banco de España por una relación de derecho laboral (artículo 8 bis LABE). Sin embargo, creo que no es impertinente una interpretación lata del término funcionario, referida, no tanto al concepto estricto de personal ligado por una relación de servicios de naturaleza estatutaria, como al personal que desempeña funciones de naturaleza jurídico-pública, como son, sin lugar a dudas, las de carácter inspector.<sup>551</sup>

Por otra parte, aunque a efectos meramente argumentativos pudiera aceptarse que, por carecer sus autores de la condición de funcionarios públicos, los informes de los inspectores del Banco de España no gozan de la presunción establecida en el 137.3 LRJPAC, no por ello los hechos consignados en los mismos devendrían inexistentes o irrelevantes. En efecto, aún cuando se estimara privado de la presunción *iuris tantum* de veracidad, el informe de inspección en sí mismo subsiste, y como tal, y siguiendo las reglas generales de valoración de la prueba, debe ser considerado. En este sentido, se mantiene un plus de credibilidad en el testimonio de la inspección, que debe reputarse, salvo prueba en contrario, neutral y parte no interesada subjetivamente en el procedimiento sancionador. Consiguientemente, los hechos apreciados por los inspectores bancarios creo que pueden constituir base probatoria suficiente salvo que sean desvirtuados por prueba de contrario.

---

<sup>551</sup> Constituye infracción muy grave la negativa o resistencia a la actuación inspectora (artículo 5.f) LDIEC).



En cualquier caso, *de lege ferenda*, parece urgente incorporar a la LDIEC una previsión expresa que, de forma análoga a lo previsto en el artículo 137.3 LRJPAC, atribuya presunción de veracidad a los hechos constados en sus informes por los inspectores del Banco de España, con independencia de que los mismos tengan o no estatus funcional. Ciertamente, como efecto reflejo o indirecto, tal propuesta limitaría el actual grado de discrecionalidad de que gozan los órganos rectores del propio Banco de España, pues la vinculación a los hechos constatados por los inspectores operaría no sólo *ad extra* (frente a la entidad supervisada) sino *ad intra* (frente a la propia dirección del Banco, que vendría obligada a acordar la incoación del correspondiente expediente sancionador si del informe de inspección resultaran incumplimientos de las normas de disciplina), lo que quizá explique la presente ausencia de tal previsión en la LDIEC.

## *(2) Las potestades del instructor*

Aunque, ciertamente, la base factual del expediente sancionador lo constituyen ordinariamente los hechos constatados por los inspectores, en el curso de la instrucción pueden imputarse a la entidad hechos distintos de los identificados inicialmente.

En este punto debe rechazarse la interpretación reduccionista de las facultades del instructor, conforme a la cual, la finalidad de la actividad instructora se limitaría a la “comprobación” de los hechos constatados por la inspección.

Ciertamente, el procedimiento sancionador se inicia con fundamento en determinados “hallazgos” de la inspección, que, aunque consignados en el correspondiente informe, no suponen todavía imputaciones concretas y que, por lo tanto, no implican, aún, concreta exigencia de responsabilidad administrativa. Estos “hallazgos” no tienen carácter de “hechos probados” sino de meros “indicios”, que desencadenan o “ponen en marcha” el procedimiento sancionador (más

técnicamente, lo habilitan, en la medida en que la iniciación exige la adopción por el órgano competente del correspondiente acuerdo de incoación). Evidentemente, el núcleo de la actividad instructora se orienta a la confirmación o exclusión de tales indicios, de forma que, en el primer caso, los indicios devienen “hechos probados” (sin perjuicio, obviamente, de una eventual revisión jurisdiccional), y, en el segundo, se acuerda el sobreseimiento o archivo del expediente.<sup>552</sup>

Sin embargo, ello no excluye que el instructor realice determinadas actividades de investigación o averiguación (no meramente de comprobación) que conduzcan a la imputación de hechos no descritos en el informe de inspección inicial. Así resulta de la amplitud con que son concebidas tanto las facultades del instructor (el cual podrá solicitar que se emitan cuantos informes técnicos o jurídicos sean necesarios, atendiendo a la complejidad de la materia, artículo 5.1 RSMF) como la propia actividad instructora, de modo que el acuerdo de incoación debe contener “los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento (...) *sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*” (artículo 13.1.b) RPS). En análogo sentido, el artículo 138.2 LRPAC al disponer que “en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento”, admite, *contrario sensu*, la pertinencia de hechos determinados, no con carácter previo a la incoación del expediente, como resultado directo de la función inspectora, sino *en el curso* del procedimiento, como efecto de la actividad instructora.

En definitiva, de forma análoga a la instrucción judicial penal (recuérdese que la jurisprudencia considera la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas como manifestación del *ius puniendi* único del Estado), la instrucción administrativa puede suponer el desarrollo de actividades de investigación o averiguación, no de

---

<sup>552</sup> Evidentemente el sobreseimiento o archivo puede acordarse tanto por razones materiales (así, por no haber quedado acreditada la comisión de la infracción) como formales (por ejemplo, por caducidad del procedimiento).

mera confirmación o comprobación, que se desenvuelvan *ultra vires* respecto del proceso inspector.

No obstante, para reputarse constitucionalmente legítimo el ejercicio de dichas funciones de averiguación por parte del instructor debe entenderse sometido a un límite formal, derivado del principio acusatorio. El pliego de cargos fija el concreto contenido de la imputación, de modo que la propuesta de resolución queda vinculada por el relato fáctico contenido en el pliego de cargos. Ello es lógico en la medida en que el siguiente trámite procesal (el periodo de prueba) se orienta, precisamente, a confirmar o desmentir los hechos que constituyen el fundamento de la imputación (las pruebas han de ser “adecuadas para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades”, artículo 137.4 LRJPAC). La introducción de nuevos hechos en la propuesta de resolución o en la resolución privaría al interesado de la posibilidad de solicitar la práctica de prueba contradictoria, produciendo una evidente indefensión. Por ello, no lesiona el derecho del interesado al debido procedimiento la retroacción de las actuaciones, esto es, cabe la introducción de hechos mediante la formulación de un nuevo pliego de cargos, de forma que el interesado pueda proponer prueba sobre los mismos.

## 6. El secreto bancario<sup>553</sup>

### 6.1. Introducción

El secreto bancario<sup>554</sup> ha sido objeto de una creciente atención por parte de las instituciones financieras internacionales en el contexto de una extendida preocupación sobre los efectos económicos adversos de los denominados “paraísos fiscales” o “centros financieros extraterritoriales”<sup>555</sup> (generalmente

---

<sup>553</sup> Aunque desde la perspectiva de la legislación financiera (en particular, la LDIEC) es más propio hablar de ‘deber de reserva’, mantenemos en la rúbrica de este epígrafe la terminología clásica de ‘secreto bancario’ dado que es la utilizada más frecuentemente por la doctrina y cuenta también con cierto apoyo normativo (véase, por ejemplo, el reciente artículo 93.3 LGT).

<sup>554</sup> Ruiz García define el secreto bancario como *“el deber de la institución crediticia de no suministrar información sobre las cuentas de su cliente, así como de aquellos hechos de que tenga conocimiento como consecuencia de sus actividades, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley o como el derecho de las citadas entidades a rehusar suministrar información sobre los citados datos”*. Ruiz García, José Ramón, *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, página 15. Como veremos posteriormente, en el derecho español el secreto bancario no puede considerarse como un ‘derecho’ de las entidades de crédito, sino exclusivamente como un deber impuesto en interés de los clientes.

<sup>555</sup> Con frecuencia, las referencias ‘paraíso fiscal’ y ‘centro financiero extraterritorial’ se usan, incluso en publicaciones académicas, como sinónimas: véase Hampton, Mark, y Christensen, John, *Offshore Pariahs? Small Island Economies, Tax Havens and the Reconfiguration of Global Finance*, *World Development*, 30(9), 1657-1673.

conocidos por sus siglas inglesas, OFC, “*offshore financial centers*”)<sup>556</sup>. Ciertamente, el surgimiento de una industria de prestación de servicios financieros extraterritoriales se ha visto notablemente facilitada por una normativa laxa en materia de disciplina de las entidades de crédito. Ello supone, sin ánimo exhaustivo, la ausencia de requisitos de capitalización, una falta de supervisión efectiva, la no exigencia de requisitos de prevención del blanqueo de capitales y, sobre todo, una legislación de estricta protección del secreto bancario. En este punto, podemos apreciar en los últimos años dos importantes líneas evolutivas:

En primer lugar, la notable extensión geográfica de la opacidad financiera: a pesar de que intuitivamente podría pensarse lo contrario, el secreto bancario no sólo no ha sido restringido sino que, como han puesto de manifiesto diversos organismos internacionales<sup>557</sup>, ha experimentado una significativa expansión en tiempos relativamente recientes, siendo consagrado expresamente por un número creciente de jurisdicciones<sup>558</sup>. Ello puede responder, sin duda, a una variada gama de razones<sup>559</sup>: mayor conciencia y valoración de la intimidad personal, riesgos de

---

<sup>556</sup> “*Offshore financial centers (OFCs) are jurisdictions that oversee a disproportionate level of financial activity by non-residents. Financial activity in OFCs is usually dominated by the provision of intermediation services for larger neighboring countries*”. Rose, Andrew, y Spiegel, Mark, *Offshore Financial Centers: Parasites or Symbionts*, Federal Reserve Bank of San Francisco Working Paper Series, Working Paper 2005-05, 2005, página 1.

<sup>557</sup> Véase, a estos efectos, Financial Action Task Force, *Non-Cooperative Countries and Territories Report*, Paris, 2005, y OECD, *Harmful Tax Practices*, Paris, 1998.

<sup>558</sup> Utilizo el término jurisdicciones por cuanto en muchos casos no se trata de Estados soberanos sino de territorios que, si bien cuentan con su propio ordenamiento tributario o financiero, dependen, al menos teóricamente, de un tercer Estado.

<sup>559</sup> “...it is clear that a bank, due to the need to preserve a degree of confidentiality, e.g., in relation to customers, cannot publicly disclose all data that may be relevant to the

extorsión o secuestro, protección de legítimos intereses comerciales, etcétera. Sin embargo, también existen buenos motivos para sospechar que este “éxito” del secreto bancario se encuentra motivado por una incrementada competencia entre centros financieros extraterritoriales.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, se ha producido un cambio en la naturaleza jurídica del secreto bancario. Tradicionalmente, la “discreción” del banquero era una obligación profesional y su ruptura un mero ilícito civil, que podía dar lugar a la correspondiente indemnización por incumplimiento contractual. Pues bien, en los últimos años, un buen número de jurisdicciones han pasado a considerar la vulneración del secreto bancario como un delito, perseguible de oficio y sancionable, no sólo con la privación de la autorización para operar, sino incluso con penas de prisión. En este punto, como en tantos otros, el “mérito” debe atribuirse a los suizos, verdaderos pioneros con la temprana criminalización de la infracción del artículo 47 de su Ley Federal de Bancos. Esta “publicación” del secreto bancario (que pasa de ser un derecho del cliente bancario a convertirse en un elemento constitutivo, esencial e institucional, del sistema financiero) ha llegado a ser absoluta en ciertas plazas, privándose expresamente de efectos a la dispensa del cliente: esto es, el banquero está obligado a guardar secreto aun cuando el cliente autorice la revelación de sus datos.<sup>560</sup>

En cuanto a las modalidades del secreto bancario, de menor a mayor intensidad, podemos señalar las siguientes:

---

*assessment of its activities and risk exposures. Privacy laws may restrict a bank's ability to disclose information on individual customers”.* Basel Committee on Banking Supervision, *Enhancing Bank Transparency*, Basilea, 1998, página 8.

<sup>560</sup> Esta prohibición tiene un carácter instrumental: permite al cliente, en caso de ser investigado, alegar una supuesta colaboración ante las autoridades fiscales o judiciales de su país de residencia.

- (1) Cláusulas de secreto. Presentan una gran variedad tanto por su origen (que puede ser meramente voluntario o contractual o, por el contrario, impuesto por estatutos profesionales o corporativos o por disposiciones legales e incluso constitucionales) como por sus efectos (en los casos más severos, el secreto comprende la misma existencia de relaciones comerciales con un cliente y la identidad del mismo y sólo cabe su alzamiento por orden judicial y siempre que su fundamento no se encuentre en cuestiones fiscales).
- (2) Cuentas cifradas. En la cuenta cifrada la identidad del cliente es únicamente conocida por la alta dirección de la entidad, operando los empleados con un código asignado a cada titular. Aunque su finalidad, en principio lícita, es la de proteger la identidad del cliente frente a posibles abusos, casos recientes han puesto de manifiesto sus peligros desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales.
- (3) Cuentas con titulares interpuestos. En estos casos, el titular formal de la cuenta no se corresponde con el titular real (*beneficial owner*), encontrándose ambos vinculados por una relación contractual o un nexo de confianza. En tales supuestos, la normativa internacional de prevención del blanqueo de capitales (40 Recomendaciones, Basilea) exige a las entidades financieras que recaben la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan los titulares interpuestos (véase supra). No obstante, la misma existencia de estas relaciones puede ser, en ocasiones, de difícil detección, debiendo inferirse de cambios en los parámetros usuales de la cuenta o discordancias entre la actividad declarada por el titular aparente, formal o interpuesto y la operativa efectivamente observada por la entidad.
- (4) Cuentas a nombre de fiduciarios profesionales. En estos supuestos, cuyo ejemplo paradigmático lo constituían las conocidas “cuentas Formulario B”

suizas, el titular asume profesionalmente la representación de una serie de clientes, la identidad de los cuales puede ser desconocida para la entidad financiera. Naturalmente, en esta situación la personalidad del titular real goza de una doble capa de protección: al secreto bancario se une el secreto profesional del intermediario o fiduciario, especialmente estricto en el caso de los profesionales jurídicos (abogados o notarios).<sup>561</sup>

(5) Cuentas anónimas. En las cuentas o libretas anónimas (o con nombres manifiesta u obviamente ficticios), a diferencia de las cuentas cifradas, la identidad del cliente es desconocida para el banco, incluida su alta dirección. Se trata, evidentemente, de la modalidad más peligrosa de secreto bancario, por lo que la normativa internacional la prohíbe expresamente (Recomendación 5 del GAFI). No obstante, cabe distinguir, aún en estos casos, dos modalidades en función del riesgo: (a) menor en el supuesto de las cuentas o libretas que únicamente permiten actuar como depósito de valor (caso de las "sparbuch" austriacas o húngaras); (b) más significativo en aquellos casos en que la cuenta anónima consiente la circulación o movilización de los capitales mediante transferencia. En este punto, adquiere una gran importancia la exigencia contenida en la Recomendación

---

<sup>561</sup> En el derecho español, la jurisprudencia se pronuncia en términos enérgicos: *"La labor del Abogado, en cuanto asesoramiento y defensa y traducida desde antiguo en los tres verbos latinos, de cavere, respondere y agere, no puede extenderse a actuar como fiduciario de operaciones ilícitas, que supongan un nuevo derecho de asilo para el delincuente, impidiéndose al tiempo y bajo la invocación del secreto profesional, tanto la persecución del dinero del delincuente, instrumento o efecto del delito o afecto a las responsabilidades que pudieran declararse en el proceso penal en favor de los perjudicados, como la investigación por parte de la Administración Tributaria sobre el propio Abogado"* (STS de 13 de junio de 1990, RJ 1990/4779, fundamento de derecho de la sentencia apelada, aceptado por el TS).



especial VII del GAFI<sup>562</sup> que requiere la completa identificación del ordenante en toda transferencia electrónica internacional, poniendo coto a la extendida práctica bancaria anglosajona conforme a la cual las transferencias se ordenan por cuenta de clientes innominados (*"one of our customers"*).

## 6.2. El secreto bancario en España

El secreto bancario ha sido objeto de un reconocimiento relativamente reciente en la legislación española. La Ley Financiera (Ley 44/2002, de 22 de noviembre, en adelante LF) ha añadido a la LDIEC una disposición adicional primera, cuyo apartado primero establece lo siguiente: *"Las entidades y demás personas sujetas a la ordenación y disciplina de las entidades de crédito están obligadas a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación"*.

Esta disposición supone un notable cambio, en la medida en que, con anterioridad, el denominado secreto bancario no estaba expresamente consagrado en la normativa española<sup>563</sup>, debiendo inferirse su existencia hasta la LF de forma

---

<sup>562</sup> *"Countries should take measures to require financial institutions, including money remitters, to include accurate and meaningful originator information (name, address and account number) on funds transfers and related messages that are sent, and the information should remain with the transfer or related message through the payment chain"*.

<sup>563</sup> Una notable excepción era el Banco de España, sujeto en sus operaciones pasivas con clientes a un estricto deber de reserva: *"Se prohíbe al Banco facilitar noticia alguna de los fondos que tenga en cuenta corriente, depósito o en cualquier otro concepto, pertenecientes a persona determinada, a no ser al propio interesado, a su representación legal, o en virtud de providencia judicial"* (artículo 28 de los Estatutos del Banco de España, aprobados por Real Decreto de 10 de diciembre de 1900).

implícita o por vía negativa (a partir de las previsiones legales que lo excepcionaban para una serie de supuestos).<sup>564</sup>

### 6.3. Fundamento

El fundamento del secreto bancario ha sido objeto tradicionalmente de cierta polémica doctrinal. La tesis que podemos calificar de “clásica”, de raíz mercantilista, señalaba que el deber de reserva de las entidades de crédito constituía un auténtico uso bancario, obligatorio en el tráfico ex artículo 2 CCo<sup>565</sup>. Esta posición, combinada en ocasiones con la afirmación de la existencia de una “cláusula de confidencialidad” implícita en los contratos bancarios<sup>566</sup>, presentaba, sin embargo,

---

<sup>564</sup> Algunos autores trataron, con anterioridad a la LF, de fundamentar el secreto bancario en normas de derecho positivo, con resultados poco convincentes. Así, se mencionaba el artículo 49 LOB (*“Los bancos y banqueros estarán obligados a facilitar a la Dirección General de Banca y Bolsa los datos y antecedentes que no afectando a operaciones, actos o negocios determinados, les reclame aquélla...”*).

<sup>565</sup> En este sentido, véase Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975, página 51.

<sup>566</sup> Esta es la posición de la jurisprudencia inglesa a partir de *Tournier v. National Provincial and Unión Bank of England* (1924): *“I come to the conclusion that one of the implied terms of the contract is that the bank enter into a qualified obligation with their customer to abstain from disclosing information as to his affairs without his consent (...). I have already stated the obligation as an obligation not to disclose without the customer's consent. It is an implied term, and may, therefore, be varied by express agreement. In any case the consent may be express or implied, and to the extent to which it is given the bank will be justified in acting.”* Además del consentimiento expreso o tácito del cliente se admiten otros límites: *“In my opinion it is necessary in a case like the present to direct the jury what are the limits, and what are the qualifications of the contractual duty of secrecy implied in the relation of banker*

el serio “inconveniente” de atribuir al secreto bancario una eficacia meramente *inter partes*<sup>567</sup>, lo que suponía un débil baluarte frente a las requerimientos de información formulados por los poderes públicos (y, en particular, por la Administración tributaria, auténtico caballo de batalla del secreto bancario).<sup>568</sup>

Actualmente, se acepta de forma casi unánime que el fundamento de este deber de secreto (o de reserva como lo denomina la Ley) se encuentra primordialmente en la protección de la intimidad personal consagrada en la Constitución. No obstante, cabría preguntarse si es éste el único fundamento de la institución. Así pareció considerarlo el Tribunal Constitucional al señalar que “...el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y

---

*and customer. There appears to be no authority on the point. On principle I think that the qualifications can be classified under four heads: (a) Where disclosure is under compulsion by law; (b) where there is a duty to the public to disclose; (c) where the interests of the bank require disclosure; (d) where the disclosure is made by the express or implied consent of the customer.”*

<sup>567</sup> “...ese uso y esos pactos contractuales parecen referirse solamente, al menos de un modo inmediato, a la relación banco-cliente. Por ello, aunque tales usos o pactos servirían para fundamentar el secreto bancario entre las partes de una típica relación bancaria, no ofrecerían, sin embargo, una base suficientemente segura en orden a justificar y fundamentar, con carácter general y eficacia ‘erga omnes’ el secreto bancario”. Aguilar Fernández-Hontoria, Jaime, *Secreto Bancario*, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, 1987, página 306.

<sup>568</sup> Para otras teorías (responsabilidad extracontractual, secreto profesional...) véase Azaustre Fernández, María José, *El secreto bancario*, Ed. Bosch, 2001, páginas 149 a 153 y Aguilar Fernández-Hontoria, Jaime, *Secreto Bancario*, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, 1987, páginas 305 a 307.

*reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional*" (STC 110/1984, de 26 de noviembre).

Esta declaración del Tribunal Constitucional<sup>569</sup> se asentaba en el hecho de que, en esa fecha, a la falta de reconocimiento constitucional expreso del secreto bancario se unía la ausencia de referencias al mismo en normas de rango legal. Ello hacía indispensable deducir o inferir el secreto bancario de un derecho reconocido constitucionalmente. No obstante, tras la aprobación de la LF, puede señalarse sin mayores dificultades que el *fundamento inmediato* del secreto bancario es legal<sup>570</sup>, esto es, las entidades de crédito han de observarlo en la medida en que se trata de un deber impuesto normativamente y cuyo incumplimiento determina la

---

<sup>569</sup> Con anterioridad, el Tribunal Supremo había declarado en Sentencia de 29 de julio de 1983 (RJ 1983/4005) que *"esta Sala no puede compartir el criterio mantenido por la Sentencia apelada, en el sentido de que las cuentas corrientes bancarias formen parte del ámbito de la intimidad personal y familiar protegido por el apartado primero del artículo 18 de la Constitución"* sin perjuicio de que *"si alguna de esas partidas (contables reflejadas en dichas cuentas corrientes) estuviese afecta al derecho de intimidad personal y familiar reconocido en la Constitución a favor del contribuyente investigado, podrá éste invocar ese derecho e impedir, en su caso, la investigación referente a la partida o partidas de que se trate afectadas por aquel derecho constitucional y evitar cualquier clase de injerencias arbitrarias en su vida privada"*.

<sup>570</sup> *"...en lo que hace a la tesis de que el fundamento jurídico último del secreto bancario es la ley ordinaria –ya sea la que disciplina materialmente la actividad bancaria o ya sea la que regula sus relaciones con la Administración Tributaria–, conviene notar que, en la medida que entrega el secreto bancario a la libre determinación del legislador ordinario, es una tesis que sólo ofrece un fundamento muy relativo a tal secreto, ya que bien pudiera ocurrir que el legislador ordinario optase por suprimir el mencionado secreto o por regularlo de un modo aberrante"*. Aguilar Fernández-Hontoria, Jaime, *Secreto Bancario*, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, 1987, página 307.

correspondiente responsabilidad administrativa. No obstante, se mantiene la cuestión de la *ratio* de la disposición legal, o en otros términos, del *fundamento mediato* del secreto bancario. ¿A la protección de qué bienes jurídicos se orienta la previsión introducida en la LDIEC por la LF? Consagrado legalmente el secreto bancario, ha de evaluarse la posibilidad, siquiera hipotética, de que la LF pudiera haber atendido a otras motivaciones distintas de la estricta protección de la intimidad personal. Así ocurre, debe reiterarse, en buen número de legislaciones que consideran el secreto bancario no como un derecho del cliente (o si se prefiere el efecto reflejo de un derecho del cliente) sino como un elemento esencial e institucional del sistema bancario, orientado no tanto a proteger la intimidad personal de la clientela bancaria como la solidez, reputación y “confiabilidad” de las instituciones financieras. Como se ha señalado anteriormente, la consecuencia más importante de esta configuración del secreto bancario radica en la negación de efectos a la autorización del cliente, debiendo abstenerse en todo caso la entidad de crédito de divulgar o comunicar a terceros los datos e informaciones de que disponga.

Por el contrario, la legislación española ha dado plena validez a la dispensa del cliente, estableciendo el apartado segundo de la disposición adicional primera de la LDIEC que “*se exceptúan de este deber (de reserva) las informaciones respecto de las cuales el cliente o las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros (...). En este caso, la cesión de la información deberá ajustarse a lo dispuesto por el propio cliente o por las leyes*”. Consecuentemente, admitida la plena validez de la autorización o dispensa, parece razonable deducir que el deber de reserva establecido en la LDIEC se establece exclusivamente *en interés* del cliente<sup>571</sup>, esto es, el secreto no es un elemento constitutivo e institucional del sistema bancario

---

<sup>571</sup> Veremos posteriormente la cuestión de la posible extensión del deber de reserva, no sólo a los clientes *strictu sensu*, sino asimismo a las informaciones obtenidas por la entidad de crédito sobre terceros como consecuencia de su actividad mercantil.

español, ni protege derechos o intereses de las instituciones financieras. Desde el punto de vista procesal, ello supone que la entidad de crédito no está legitimada para accionar judicialmente el secreto bancario: *“Tampoco puede prosperar la pretendida vulneración del derecho a la intimidad de los suscriptores y beneficiarios de las pólizas de seguro de prima única, con capital diferido, emitidas por la entidad apelante (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona), pues siendo el derecho a la intimidad personal y familiar, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución, de exclusiva titularidad de las personas físicas, carece dicha entidad de legitimación para invocar su violación; y ello con independencia de que, según doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, y reiterada en el Auto de 23 de julio de 1986, el conocimiento por la Administración, a efectos fiscales, de la situación económica de los contribuyentes, no lesiona el derecho a la intimidad de éstos”* (STS de 9 de febrero de 1993, RJ 1993/2100).

No obstante, afirmar que el deber de reserva se establece *en interés del cliente* no supone *per se* que este “interés protegido” encuentre su fundamento, necesariamente y en todo caso, en la intimidad personal consagrada en el artículo 18.1 CE, sino que puede orientarse a la salvaguardia de otro tipo de bienes jurídicos que el Derecho estima asimismo dignos de protección. A favor de esta tesis puede argumentarse que la reserva establecida en la LDIEC beneficia tanto a las personas físicas como a las jurídicas (la amplia dicción de la disposición legal así lo indica: *“informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes”*), a pesar de que únicamente las primeras son titulares del derecho constitucional a la intimidad personal: *“Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’, que reconoce el artículo 10 de la CE y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de*

*nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo” (STC 231/1988). Ciertamente, las personas jurídicas, como pura creación del Derecho, carecen de la “dignidad de la persona” y no precisan “mantener una calidad mínima de la vida humana”, no obstante lo cual, la norma positiva (la LDIEC) las hace beneficiarias del deber de reserva impuesto a las entidades de crédito. Por ello, creo que no existen obstáculos para afirmar que el fundamento del secreto bancario puede encontrarse en la protección de bienes jurídicos distintos de la intimidad personal y familiar, tales como el secreto comercial (artículo 32.1 CCo)<sup>572</sup> o la libertad de concurrencia (artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal)<sup>573</sup>.*

#### 6.4. Sujeción al deber de reserva

Como se ha indicado anteriormente, el deber de reserva establecido en la LDIEC se impone a *“las entidades y demás personas sujetas a la ordenación y disciplina de las entidades de crédito”*. En consecuencia, de conformidad con el artículo 1 LDIEC, quedan sujetas: (1º) En primer lugar, las entidades de crédito, considerándose tales, las enumeradas en el apartado segundo del artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio. (2º) En segundo lugar, las personas físicas que ostenten cargos de dirección o administración en una entidad de crédito, esto es, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, y sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas

---

<sup>572</sup> *“La contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que derive de lo dispuesto en las Leyes”.*

<sup>573</sup> *“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente (...)”.*

que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo, y las personas que dirijan las sucursales de crédito extranjeras en España (artículo 1.4 LDIEC).<sup>574</sup> Esta imposición del deber de reserva a personas físicas (y la consecuente responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento) constituye un aspecto novedoso introducido por la LF dado que tradicionalmente la doctrina había venido entendiendo que el secreto bancario recaía exclusivamente sobre las entidades de crédito: *“Los sujetos del secreto bancario son, evidentemente, los mismos de la relación bancaria, esto es, el Banco y el cliente”*.<sup>575</sup> Frente a ello, tras la aprobación de la LF resulta indiscutible que los directores o administradores de la entidad, que obviamente no son parte de la relación bancaria, quedan, sin embargo, sujetos a la obligación de reserva y a las eventuales responsabilidades derivadas de su incumplimiento.

Por el contrario, el deber de reserva consagrado en la LDIEC, dadas las exigencias del principio de legalidad, no vincula: (1º) a los empleados de la entidad de crédito que no ostenten cargos de dirección o administración, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de la entidad empleadora (v. infra); (2º) a las instituciones financieras que no tengan la condición de entidades de crédito. Esta segunda

---

<sup>574</sup> Aún habría de añadirse a *“las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa según lo previsto en el Título VI de esta Ley, y a aquellas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Comunidad Europea. La responsabilidad también alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables”* (párrafo segundo del artículo 1.1 LDIEC).

<sup>575</sup> Azaustre Fernández, María José, *El secreto bancario*, Ed. Bosch, 2001, página 33.



exclusión presenta una escasa racionalidad o justificación material<sup>576</sup>, en la medida en que los motivos que explican la imposición del deber de reserva a las entidades crediticias son igualmente predicables respecto de las restantes instituciones financieras, como las aseguradoras o las empresas de servicios de inversión.

#### 6.5. Alcance del deber de reserva

La disposición adicional primera de la LDIEC establece que no podrán ser objeto de divulgación o comunicación a terceros por parte de las entidades de crédito *“las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes”*. Se trata, sin duda, de uno de los aspectos más discutibles del precepto.

Desde el punto de vista objetivo, la disposición la LDIEC refiere la información sujeta a reserva a una enumeración (*“saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones”*) que parece no cubrir aspectos que en la doctrina y en el derecho comparado se consideran parte esencial del secreto bancario. Piénsese, por ejemplo, en la contabilidad de un empresario<sup>577</sup> aportada por éste a requerimiento de la entidad de crédito con carácter previo a la concesión de un crédito. Pues bien, en caso de no concluirse el contrato, los datos contables a que ha tenido acceso la entidad, no obstante su indudable trascendencia, podrían no quedar cubiertos por la previsión de la LDIEC al no constituir información relativa a *“saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones”*, dado que la transacción u operación no ha

---

<sup>576</sup> Evidentemente, la justificación ‘formal’ de la limitación del deber de reserva a las entidades de crédito se encuentra en el ámbito de aplicación de la propia LDIEC.

<sup>577</sup> *“Hay ciertos extremos sobre los cuales recae sin discusión el deber de secreto. Tal es el caso de las cifras del balance del cliente, su volumen de ventas, las listas de proveedores y clientes, etcétera”*. Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975, página 52.

llegado a perfeccionarse. Tampoco alude la LDIEC a otros aspectos de indudable trascendencia en el tráfico, como los informes o evaluaciones de solvencia, ni a los datos del cliente de naturaleza estrictamente personal<sup>578</sup> obtenidos por el banco en el curso de la prestación de servicios financieros.<sup>579</sup> Por todo ello, en este punto puede considerarse que habría sido preferible que la LF hubiera optado por una cláusula general, análoga a la establecida en el artículo 6.2 de la propia LDIEC al referir el secreto profesional del supervisor crediticio a *“los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Banco de España en virtud de cuantas funciones le encomiendan las leyes”* (v. infra).

Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, parece discutible la limitación del deber de reserva de las entidades de crédito a las informaciones relativas a *“sus*

---

<sup>578</sup> La información obtenida de los clientes por la banca *“estará protegida por el secreto bancario, y ello tanto si la información afecta a meros datos económicos como si se reflejan en ella datos de la más estricta intimidad personal”*. Fajardo García, Gemma, *Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario*, RDBB, 1990, página 607.

Ciertamente, la relación de las entidades de crédito con los clientes puede revelar no sólo sus patrones de consumo sino, incluso, su adscripción ideológica o confesional (piénsese en el caso de transferencias gestionadas por el banco en las que figuren como beneficiarios entidades religiosas o políticas). Resultaría anómalo que pudieran ser objeto de divulgación tales informaciones (protegidas por el artículo 16 CE) mientras se consagra estrictamente la confidencialidad de datos como los saldos de las cuentas, cuyo potencial conflicto con el derecho a la intimidad es limitado.

<sup>579</sup> En todo caso, la información sujeta a reserva es la obtenida por la entidad como consecuencia de la relación bancaria, no quedando cubiertos las informaciones obtenidas por otras vías: *“...no entran dentro de la obligación de secreto los datos que el Banco conoce al margen de la relación con su cliente”*. Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975, página 52.

*clientes*”, dado que en el desarrollo de su actividad empresarial, las instituciones crediticias obtienen información respecto de personas con las que no llegan a mantener un vínculo contractual<sup>580</sup>. La limitación del deber de reserva a los datos de los clientes únicamente adquiriría sentido en un contexto en el que el fundamento del secreto bancario fuera estrictamente contractual, tesis que, como se ha señalado anteriormente, es en la actualidad claramente minoritaria. Por el contrario, si el fundamento del deber de reserva debe buscarse primordialmente en la intimidad personal consagrada en el artículo 18.1 CE<sup>581</sup>, parece razonable considerar que deberían encontrarse amparados no sólo los clientes del banco sino asimismo los terceros<sup>582</sup> cuyos datos obtienen las entidades de crédito como consecuencia de su actividad empresarial.<sup>583</sup>

---

<sup>580</sup> Por ejemplo, cobros o pagos realizados por la entidad a terceros por cuenta de clientes de la entidad. Estas operaciones pueden revelar información significativa del tercero, relativa tanto a su solvencia (cuantía de los cobros o pagos, recibos impagados o devueltos...) como a sus preferencias de consumo (naturaleza de los servicios contratados, empresas con las que mantiene relaciones comerciales...).

<sup>581</sup> A idéntica conclusión se llega en los casos en los que el secreto bancario pueda encontrar otros fundamentos, como el secreto comercial.

<sup>582</sup> Una posible alternativa sería optar por una interpretación amplia del término “cliente”, en la línea señalada por Azaustre: *“...es posible establecer dos conceptos de la palabra ‘cliente’: como aquella persona que mantiene relaciones duraderas con la entidad, mediando con el Banco algún vínculo contractual, o como toda aquella persona que solicite los servicios del Banco, tenga o no cuenta en él. Entendemos que a los efectos del secreto bancario es preferible optar por una noción amplia del término ‘cliente’, para que quede incluido dentro de ella toda persona con derecho a la observancia del secreto. Cabe observar, además, cómo la normativa sobre transparencia bancaria utiliza comúnmente el término ‘cliente’ en un sentido amplio, como sinónimo de ‘público en general’, es decir, todo demandante efectivo o potencial de servicios bancarios”*. Azaustre Fernández, María José, *El secreto bancario*, Ed. Bosch, 2001, páginas 37-38.

## 6.6. Responsabilidad por incumplimiento del deber de reserva

La eventual ruptura del deber de reserva (esto es, la divulgación o comunicación a terceros de las “informaciones” a que hace referencia la LDIEC) puede dar lugar a tres tipos de responsabilidad:

(1) En primer lugar, responsabilidad administrativa (o si se prefiere, disciplinaria) pues, conforme al apartado cuarto de la tan mencionada disposición adicional primera de la LDIC, *“el incumplimiento de lo dispuesto en la presente disposición será considerado infracción grave y se sancionará en los términos y con arreglo al procedimiento previsto en el Título I de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito”*.<sup>584</sup> En consecuencia, serán aplicables a la entidad de crédito las sanciones previstas en el artículo 10 LDIEC. En cuanto a las personas que ostenten cargos de dirección o administración en la entidad, quedarán sujetas a las sanciones establecidas en el artículo 13 LDIEC siempre que a la objetiva ruptura de la reserva bancaria se una su responsabilidad personal, lo que supone la necesaria concurrencia de dolo o culpa: *“Quien ejerza en la entidad*

---

<sup>583</sup> Aunque esta interpretación puede considerarse excesivamente amplia, debe tenerse en cuenta que no impide a la entidad hacer uso de la información obtenida para la gestión de su propio negocio: únicamente se impide la divulgación o comunicación a terceros de los datos obtenidos.

<sup>584</sup> Aunque sea a título anecdótico, no puede dejar de notarse la incongruencia de que en una disposición de la propia LDIEC se haga referencia a la misma por su denominación completa (*Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito*). Se trata de una manifestación más, siquiera nimia, de la defectuosa técnica y redacción de que adolece la disposición adicional primera de la LDIEC.

*de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente” (artículo 15.1 LDIEC).*<sup>585</sup> Esta previsión, que por otra parte no supone sino aplicación de los principios generales del derecho administrativo sancionador<sup>586</sup>, será particularmente significativa en los supuestos en que la ruptura del secreto no se haya realizado personalmente por el directivo o administrador sino por un empleado de la entidad, en los que será necesario probar la negligencia de aquél (por culpa *in vigilando* o *in eligendo*) para imputarle responsabilidad administrativa. En cualquier caso, como se indicó anteriormente, el empleado bancario que no ostente cargos de dirección o administración no está sujeto a responsabilidad ex LDIEC, sin perjuicio de que por la entidad se adopten medidas laborales (artículo 58 ET)<sup>587</sup> o se ejercite la acción de regreso por los daños irrogados (que podría incluir no sólo el importe de la multa impuesta por la

---

<sup>585</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que “...serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos: a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones. b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad” (artículo 15.2 LDIEC).

<sup>586</sup> “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia” (artículo 130.1 LRJPAC).

<sup>587</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Administración sino asimismo los perjuicios causados en la reputación de la entidad de crédito).

(2) En segundo lugar, una eventual responsabilidad criminal dado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199.1 CP, *“el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”*. Este tipo es necesariamente doloso (no cabe su comisión imprudente) por lo que, en caso de vulneración del deber de reserva por parte de un empleado, éste será penalmente responsable sin que quepa proceder criminalmente contra quienes ejerzan cargos de dirección o administración en la entidad<sup>588</sup>. Por otra parte, no parece posible la aplicación del artículo 199.2 CP<sup>589</sup> *“el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para*

---

<sup>588</sup> Por el contrario, la entidad sí responderá civilmente, por aplicación del artículo 120 CP: *“Son también responsables civilmente, en defecto de los que los sean criminalmente: (...) 4. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”*. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha afirmado en términos enérgicos el carácter objetivo de esta responsabilidad al señalar que *“el principio de creación del riesgo (...) impone a la empresa la obligación de asumir los daños que para terceros implica su actividad, y ello incluso cuando la actuación del empleado, obrero o dependiente sea irregular o indebida o incida en torpezas o en demasías, siendo de la más elemental justicia que no sean los extraños, víctimas del delito, quienes, en caso de insolvencia del culpable, asuman las consecuencias económicas del mismo”* (STS de 26 de enero de 1984, RJ 1984/412).

<sup>589</sup> En contra, Jorge Barreiro, Agustín, *Comentario a los artículos 197 a 204*, en *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, página 586.

*dicha profesión por tiempo de dos a seis años*") en la medida en que la legislación penal conecta el concepto de "profesional" a la exigencia de un título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente (v. artículo 403 CP). Por el contrario, la normativa bancaria, aún cuando requiere la concurrencia de "*conocimientos y experiencia adecuados*" en los miembros del Consejo de Administración, directores generales o asimilados, no impone una determinada titulación académica para el ejercicio de la "profesión" bancaria.

(3) Finalmente, cabrá una responsabilidad civil<sup>590</sup> siempre que concurren sus elementos esenciales: (a) Una acción u omisión<sup>591</sup> que suponga la divulgación o

---

<sup>590</sup> La doctrina tiende a calificar la responsabilidad civil por incumplimiento del deber de reserva como aquiliana. Sin embargo, en los casos en que media un vínculo contractual con la entidad de crédito (esto es, excluyendo los supuestos de 'cliente' en sentido amplio a los que hacíamos referencia anteriormente) creo que puede argumentarse convincentemente en favor del carácter contractual de la responsabilidad el artículo 1258 CC (...), con la importante consecuencia práctica de sujetar la acción al plazo de 15 años del artículo 1964, en lugar de al más perentorio del artículo 1965.

En todo caso, de no haber prescrito la acción aquiliana, lo más prudente procesalmente será actuar en sede judicial ambas responsabilidades, contractual (artículo 1101 CC) y extracontractual (artículo 1902 CC o, en su caso, 1903.4 CC), posibilidad ésta expresamente admitida por la jurisprudencia: "*Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente*" (STS de 21 de abril de 1998, RJ 1998/ 2056).

<sup>591</sup> Omisión, por ejemplo, por la no adopción de medidas razonables orientadas a preservar la confidencialidad de los datos.

comunicación a terceros de datos sujetos a reserva<sup>592</sup>. (b) Dolo o negligencia<sup>593</sup> de la entidad de crédito (incluidos los supuestos de responsabilidad por actuaciones de empleados bancarios sujetos al poder de dirección<sup>594</sup>), si bien la responsabilidad quedará excluida cuando opere una excepción legal al deber de reserva (v. infra). Por el contrario, no operando una causa de justificación legal, la culpa o negligencia ha de presumirse en la medida en que la vulneración del deber de reserva establecido en la LDIEC supone, desde la perspectiva civil, la infracción de la diligencia profesional debida. (c) Un daño antijurídico<sup>595</sup> evaluable económicamente. El daño ha de ser objeto de prueba por parte del demandante sin que quepa inferir

---

<sup>592</sup> Esto es, debe mediar una relación o nexo causal entre la acción u omisión del agente y la revelación de los datos sujetos a reserva.

<sup>593</sup> Incluida la culpa leve, dado el carácter especializado del banquero: *“La diligencia exigible al banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones”* (STS de 15 de julio de 1988, RJ 1988/5717). Sin embargo, la responsabilidad del banquero no es objetiva, fuera de algún supuesto concreto (por ejemplo, el pago de cheques falsos, artículo 156 LCCh).

<sup>594</sup> Por aplicación del artículo 1903.4 CC (...). A diferencia de la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 120.4 CP, v. supra), la responsabilidad de la entidad es aquí directa, no subsidiaria.

<sup>595</sup> *“(...) el daño que da derecho a indemnización ha de ser un daño ilícito, esto es, ha de tratarse de un daño que el perjudicado no tuviera el deber jurídico de soportar. Así, es posible que como consecuencia de una violación del secreto bancario, el cliente afectado se vea obligado a soportar un procedimiento de comprobación fiscal. Pero teniendo en cuenta que el deber de pagar impuestos surge con independencia de la violación del secreto bancario, la indiscreción cometida no daría lugar a una indemnización”*. Azaustre Fernández, María José, *El secreto bancario*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, página 507.



su existencia de la mera ruptura del deber de reserva, esto es, no juega la presunción establecida en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (*"La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma"*). Y ello, porque, como ha declarado el Tribunal Supremo, *"si el legislador, al promulgar la Ley de 5 de mayo de 1982 hubiera querido incluir dentro de la esfera de la intimidad personal o familiar la intimidad económica, reflejada en las operaciones activas y pasivas de una cuentas corrientes bancarias hubiera incluido un precepto, si no concreto, si por lo menos determinante de hasta dónde podía llegar esta esfera de intimidad, indicando que éste era su deseo o su intención, precepto omitido totalmente"* (STS de 29 de julio de 1983, RJ 1983/4005). En definitiva, es perfectamente posible que la revelación de información reservada no lleve aparejada responsabilidad civil si no supone la irrogación al cliente de un daño o perjuicio efectivo (por ejemplo, pérdida de clientela por divulgación a un competidor de sus datos bancarios).

#### 6.7. Excepciones al deber de reserva

Ya con anterioridad a la LF, el Tribunal Constitucional había declarado que, *"aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad"*, frente a éste podían operar límites justificados por *"la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos"* (STC 110/1984, de 26 de noviembre, reiterando la doctrina establecida a partir de la STC 11/1981, de 8 de abril).

Estos límites o excepciones operantes frente al deber de reserva han sido concretados por la LF: *“Se exceptúan de este deber (de reserva) las informaciones respecto de las cuales el cliente o las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros o que, en su caso, les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión. En este caso, la cesión de la información deberá ajustarse a lo dispuesto por el propio cliente o por las leyes. Quedan asimismo exceptuadas del deber de confidencialidad los intercambios de información entre entidades de crédito pertenecientes a un mismo grupo consolidable”* (apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera de la LDIEC). Aunque la técnica empleada por la LF es discutible, las excepciones pueden reconducirse a dos grandes categorías:

*(1) La autorización o dispensa del cliente*

La dispensa puede ser definida como el acto unilateral (no contractual) por el que el cliente autoriza a la entidad de crédito la comunicación o divulgación a terceros de datos sometidos a reserva. La dispensa podrá ser, asimismo, conferida por los herederos del cliente, en la medida en que se subrogan en la posición jurídica de éste (artículo 661 CC) y por sus representantes legales. Por el contrario, en los casos de representación voluntaria habrá de estarse a los términos estrictos del poder.

*(2) Disposición legal en contrario*

Aunque la LDIEC alude a las informaciones respecto de las cuales las leyes *permitan* su comunicación o divulgación a terceros, con carácter general nos encontraremos ante disposiciones legales que someten a las entidades de crédito a

obligaciones positivas de colaboración con determinados poderes públicos<sup>596</sup>, debiendo proporcionar a éstos, normalmente mediante certificación, los datos financieros que se les requieran. Esto es, las leyes no se limitan a *permitir* la comunicación, enervando o alzando simplemente la previsión establecida en la LDIEC, sino que imponen efectivos deberes jurídicos, de tal forma que la entidad de crédito no queda en una "situación jurídica de indiferencia" en la que sea libre de atender o no el requerimiento.

---

<sup>596</sup> Asimismo, el secreto bancario resultará inoponible a sujetos privados en los siguientes casos:

1. Los intercambios de información en el seno de grupos consolidables (disposición adicional primera de la LDIEC).
2. Los auditores de cuentas, dado que el artículo 3 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, establece que "Las empresas o entidades auditadas estarán obligadas a facilitar cuanta información fuera necesaria para realizar los trabajos de auditoría de cuentas", estando las empresas dedicadas de forma habitual a la intermediación financiera (entre las que se encuentran las entidades de crédito) obligadas en todo caso a someterse a auditoría de cuentas (disposición adicional primera).
3. Los casos de presunción de abandono de depósitos y cuentas, dado que la relación de los mismos es objeto de publicación.
4. Los herederos (artículo 661 CC), los legatarios de parte alícuota, el albacea (artículo 902 CC), el administrador de la herencia (artículo 1026 CC) y el contador partidor (artículo 1057 CC) en los supuestos de sucesión *mortis causa*.
5. Los administradores concursales (Ley 22/2003, de 9 de julio) y los administradores judiciales (artículo 632 LEC).
6. Los representantes legales de menores o incapaces (titulares de la patria potestad o tutores), y los representantes voluntarios respecto de los datos bancarios relacionados con las facultades conferidas en el poder.

Estos supuestos son numerosísimos, de tal forma que el secreto bancario o deber de reserva de las entidades de crédito no opera frente a la Administración de Justicia<sup>597</sup>, las Comisiones Parlamentarias de Investigación<sup>598</sup>, el Banco de

---

<sup>597</sup> Con carácter general, el artículo 118 CE dispone que *“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*. Más matizadamente establece el artículo 17.1 LOPJ que *“Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley”*.

Específicamente, será aplicable en el proceso penal la previsión del artículo 575 LECrim. (*“Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa”*) y en el civil el artículo 330 LEC (*“Salvo lo dispuesto en esta Ley en materia de diligencias preliminares, sólo se requerirá a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, pedida por una de las partes, el tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia”*).

<sup>598</sup> El artículo único del Real Decreto-Ley 5/1994, de 29 de abril, establece: *“La Administración Tributaria y las entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades o agencias de valores, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, establecimientos financieros de crédito y, en general, cualesquiera entidades financieras, deberán proporcionar cuantos datos, informes, antecedentes o documentos les sean requeridos por las Comisiones Parlamentarias de Investigación a que se refiere el artículo 76 de la Constitución siempre que concurren las condiciones siguientes: (a) Que se refieran a personas que desempeñen o hubieren desempeñado, por elección o nombramiento, su actividad como altos cargos o equivalentes en todas las Administraciones Públicas, sus organismos autónomos, entidades de Derecho Público y Presidentes y Directores ejecutivos o equivalentes de los organismos y empresas de ellas dependientes y de las sociedades mercantiles en las que sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las*

España<sup>599</sup>, la Comisión Nacional del Mercado de Valores<sup>600</sup>, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias<sup>601</sup>,

---

*Administraciones Públicas o de las restantes entidades de Derecho Público o estén vinculadas a las mismas por constituir con ellas una unidad de decisión. (b) Que el objeto de la investigación tenga relación con el desempeño de aquellos cargos. (c) Que dichas Comisiones entendieran que sin tales datos, informes, antecedentes o documentos no sería posible cumplir la función para la que fueron creadas."*

<sup>599</sup> Esta excepción, como ha quedado indicado, se establece en la propia LDIEC, dado que el Banco de España es la "autoridad de supervisión" de las entidades de crédito.

<sup>600</sup> El artículo 85.1 LMV establece que "La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá recabar de las personas físicas y jurídicas enumeradas en el artículo 84 cuantas informaciones estime necesarias sobre las materias objeto de esta Ley. Con el fin de obtener dichas informaciones o confirmar su veracidad, la Comisión podrá realizar cuantas inspecciones considere necesarias. Las personas físicas y jurídicas comprendidas en este párrafo quedan obligadas a poner a disposición de la Comisión cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, ésta considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase". Entre las personas y entidades mencionadas en el artículo 84 se encuentran las entidades de crédito en cuanto a sus actuaciones relacionadas con el Mercado de Valores (artículo 84.2.b).

<sup>601</sup> El artículo 3.4 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, impone a las entidades de crédito (sujetos obligados de conformidad con el artículo 2.1) la obligación de "colaborar con el Servicio Ejecutivo (...) y a tal fin: (a) Comunicarle, por iniciativa propia, cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales (...). También se comunicarán las operaciones que muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes. (...) (b) Facilitar la información que el Servicio Ejecutivo requiera en el ejercicio de sus competencias."

la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>602</sup>, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas<sup>603</sup> y la Administración tributaria.

De estos supuestos, el de mayor trascendencia práctica y que, por ello, ha recibido un tratamiento más pormenorizado por parte de doctrina y jurisprudencia es el

---

<sup>602</sup> Artículo 11.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: *“Toda persona natural o jurídica estará obligada a proporcionar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social toda clase de datos, antecedentes o información con trascendencia en los cometidos inspectores, siempre que se deduzcan de sus relaciones económicas, profesionales, empresariales o financieras con terceros sujetos a la acción inspectora, cuando a ello sea requerida en forma. Tal obligación alcanza a las entidades colaboradoras de los órganos de recaudación de la Seguridad Social y a las depositarias de dinero en efectivo o de fondos en cuanto a la identificación de pagos realizados con cargo a las cuentas que se señalen en el correspondiente requerimiento, sin que puedan ampararse en el secreto bancario. (...)”*

<sup>603</sup> Este supuesto merece, no obstante, algunas precisiones. El artículo 22.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, establece que *“El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá recabar de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría cuantas informaciones estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las competencias que tiene encomendadas. Con el fin de obtener dichas informaciones o de confirmar su veracidad, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá realizar cuantas inspecciones considere necesarias. Las personas físicas y jurídicas comprendidas en este párrafo quedan obligadas a poner a disposición del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, ésta considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.”* En consecuencia, en principio la potestad del Instituto se limita a los auditores de cuentas y sociedades de auditoría, no alcanzando a las entidades de crédito. Sin embargo, en la medida en que el deber de reserva no opera frente a los auditores (artículo 3, v. supra) el Instituto puede acceder, si bien de forma indirecta, a información bancaria.

relativo al acceso de las autoridades fiscales a los datos bancarios con trascendencia tributaria. Frente a la interpretación que venía haciéndose del artículo 62 de la Ley LARRAZ (Ley de 16 de diciembre de 1940, de reforma tributaria)<sup>604</sup>, la

---

<sup>604</sup> Aunque el artículo 61 consagraba con carácter general el deber de colaboración fiscal del sistema bancario (*“Los establecimientos de crédito operantes en España vendrán obligados a suministrar a la Hacienda cuantos datos se interesen en relación con imposiciones, libretas y cuentas de ahorro”*) y el artículo 67 reconocía a la Administración tributaria la competencia de *“inspeccionar los Registros de depósitos en custodia de los establecimientos de crédito y los libros de dichas entidades relativos a imposiciones, libretas y cuentas de ahorro”*, el artículo 62 dispuso que *“Quedan exentas de investigación administrativa las cuentas corrientes acreedoras a la vista de los clientes que se lleven por Bancos, banqueros y Cajas de Ahorro”*. No obstante tratarse de una excepción limitada tanto por razón del impuesto (aplicable únicamente a la Contribución General sobre la Renta) como de las operaciones cubiertas (exclusivamente cuentas corrientes acreedoras a la vista y, consecuentemente, no depósitos de valores, cuentas de ahorro, cuentas a plazo u otras operaciones activas o pasivas de las entidades de crédito), la interpretación que se hizo del artículo 62 supuso la consagración del secreto bancario en nuestro derecho.

Este panorama no se vio alterado sustancialmente por la aprobación de la Ley de 28 de diciembre de 1963, General Tributaria, por cuanto, aunque se consagraba nuevamente el principio de colaboración (*“Toda persona natural o jurídica, privada o pública, por simple deber de colaboración a la Administración, estará obligada, a requerimiento de ésta, a proporcionar toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria y derivados de sus relaciones económicas con otras personas”*, artículo 111.1), se excepcionaba expresamente a *“Las personas o Entidades, en cuanto a los actos y operaciones que por Ley estén exceptuados de investigación tributaria”* (artículo 111.2.c), en evidente alusión al artículo 62 de la Ley LARRAZ.

Frente a ello, la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, dispuso expresamente que *“Quedan plenamente sujetos al deber de colaboración a que se refiere el apartado 1 del artículo 111 LGT los Bancos, Cajas de Ahorro,*

Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, consagró expresamente *"la investigación tributaria de las cuentas y operaciones activas y pasivas"* que se llevaría a cabo, previa autorización del Director General de Inspección Tributaria<sup>605</sup>, *"bien mediante certificaciones de la Entidad, bien en la oficina bancaria o de crédito en que esté abierta la cuenta o constituido el depósito de que se trate, en presencia de su Director, jefe o quien haga sus veces y con la previa citación del interesado"* (artículo 42).

Con posterioridad a la promulgación de la Ley 50/1977, la Constitución consagrará expresamente tanto el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1) como el deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio (artículo 31.1). En este contexto, interpuesto recurso contra una resolución del Director General de Inspección Financiera y Tributaria acordando la práctica de la investigación de las operaciones bancarias de un contribuyente, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 18 de junio de 1983, declaró la resolución no ajustada al ordenamiento jurídico por vulnerar el derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en la Constitución. Sin embargo, apelada la sentencia por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo estima el recurso, al considerar que *"la Constitución, al mismo tiempo que protege el derecho*

---

*Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, sin que puedan exonerarse de dicha obligación al amparo de lo dispuesto en los párrafos b) y c) del apartado 2 del citado artículo, en el artículo 49 del Código de Comercio o en cualquier otra disposición"* (precepto situado bajo la expresiva rúbrica *"Secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria"*).

<sup>605</sup> También podían expedir autorización el Director General de Aduanas, el Director General de lo Contencioso, los Tribunales Económico-Administrativos, los Jurados Tributarios y los Delegados de Hacienda competentes por razón del territorio.



a la intimidad personal y familiar, también establece en su artículo 31 el principio de igualdad de los administrados en el sostenimiento de los gastos públicos, e indudablemente este principio también de rango constitucional, quebraría si se admitiera la total y absoluta imposibilidad de investigación de las operaciones realizadas en las cuentas corrientes” por lo que “existen dos principios constitucionales que hay que armonizar, y por lo tanto, delimitar en el sentido antes razonado el derecho a la intimidad personal y familiar, no entendiendo que lo infringe la actividad mediante la cual la Administración puede comprobar las operaciones activas y pasivas de las cuentas corrientes bancarias de los contribuyentes” (STS de 29 de julio de 1983, RJ 1983/4005). Recurrida en amparo la sentencia, el Tribunal Constitucional lo deniega por cuanto el derecho fundamental a la intimidad “al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas (...), deber para cuyo efectivo cumplimiento es evidentemente necesaria la inspección fiscal. La injerencia que para el cumplimiento de ese deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de ‘arbitraria’. Y el artículo 18.1 de la Constitución hay que entender que impide las injerencias en la intimidad ‘arbitrarias o ilegales’, como dice claramente el artículo 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) ratificado por España, y con arreglo al cual, de acuerdo con el artículo 10.3 de la Constitución, hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y entre ellos el derecho a la intimidad personal y familiar” (STC 110/1984, de 26 de noviembre)<sup>606</sup>. Esta doctrina ha sido mantenida de forma constante a partir de entonces por nuestros Tribunales.<sup>607</sup>

---

<sup>606</sup> Para un análisis, muy crítico, de la Sentencia 110/1984, véase Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 5, número 15, septiembre-diciembre 1985: “Desde el punto de vista teórico, la Sentencia tiene bien poco de relevante: se trata de un fallo de preocupación eminentemente práctica, en el que la obsesión por el tema central (el refrendo de las potestades de investigación tributaria sobre las cuentas

---

bancarias) ha barrido literalmente la habitual y demostrada capacidad del Tribunal para el rigor lógico y el matiz, tan sutil como importante" (página 177).

<sup>607</sup> "...ni puede hablarse en la actualidad de un régimen especial establecido para los Bancos o entidades de crédito, ni puede predicarse, respecto de ellos, el pretendido secreto bancario, ni de forma absoluta, ni en los términos en los que pretende mantenerlo la parte apelante" (STS de 24 de septiembre de 1985, RJ 1985/4876).

"...no puede tampoco olvidarse que los extractos de las cuentas interesados al recurrente y la posterior información solicitada a determinadas entidades bancarias, ante el resultado infructuoso en parte de los requerimientos practicados al recurrente, difícilmente pueden afectar al derecho a la intimidad personal de un tercero cotitular de la cuenta, cuando lo que se pretende obtener es la causa genérica de cada partida y no su causa concreta..." (STS de 20 de noviembre de 1989, RJ 1989/8161).

"La Sala, acorde con la opinión del Ministerio Fiscal debe hacer constar el rechazo de la pretendida violación del artículo 18.1 de la Constitución Española, que expresa: 'Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen', pues la resolución impugnada en esta vía jurisdiccional de amparo no puede, en modo alguno afectar al honor del recurrente. El honor no puede verse lesionado por el examen por la Administración Tributaria de determinadas cuentas corrientes, porque ello no implica mengua alguna de la honorabilidad personal del afectado. Tampoco puede afectar a la intimidad personal y a la propia imagen, ya que el acuerdo en cuestión se dicta y se comunica tan sólo para que el interesado sepa y conozca que se van a conocer por la Administración Tributaria los movimientos de determinadas cuentas corrientes a su nombre" (STS de 13 de junio de 1990, RJ 1990/4779, fundamento de derecho de la sentencia apelada, aceptado por el TS).

"En cualquier caso y con independencia de que el deber de sigilo de los funcionarios actuantes protege la intimidad del recurrente, los datos que figuran en los extractos de cuentas que le han sido pedidos carecen de relevancia para su intimidad personal y

---

familiar, en cuanto que sólo revelan la causa genérica de cada operación” (STS de 8 de febrero de 1994, RJ 1994/2856).

“...concebido el requerimiento de datos en términos puramente abstractos, al ser cumplida la acción inspectora por las Entidades Bancarias, sólo se revelará la causa genérica de cada operación, pero no tendrá por qué manifestarse la razón concreta de cada movimiento o los datos subyacentes que los determinaron, con lo que la intimidad del afectado queda intacta. Sólo si en una posterior actuación inspectora se pretendiera penetrar, al exigir justificación del movimiento bancario, en zonas concernientes a la vida personal o familiar de los actores se abriría la posibilidad de reclamación judicial de amparo de los derechos fundamentales, pero eso sería un problema ajeno al actual proceso, que no está llamado a dilucidar potenciales agravios futuros. Además el deber de sigilo de los funcionarios actuantes protege a los actores de cualquier intromisión ilegítima de su intimidad” (STS de 11 de marzo de 1994, RJ 1994/2072).

“Es indiscutible que el flujo real de bienes y servicios propio de las actividades profesionales, industriales, comerciales, de servicios, etc. tiene como contrapartida el correspondiente flujo monetario, que circula normalmente a través de las entidades de crédito (Bancos y Cajas de Ahorro), por ello la Ley 50/1977, de 14 noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, reguló en su párrafo VIII titulado «Secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria», artículos 42 a 45, el deber de colaboración de las entidades de crédito, a la vez que desvelaba el secreto bancario, si bien exigió determinadas condiciones y requisitos para salvaguardar, en todo caso, el derecho a la intimidad de las personas y las garantías jurídicas fundamentales” (STS de 30 de octubre de 1996, RJ 1996/8608).

“...sería absurdo y contradictorio con los principios que inspiran la Constitución que nos hemos dado los españoles, que las Entidades de Crédito que operan en España, pudieran negarse a facilitar una información necesaria para exigir el fiel cumplimiento del deber de contribuir, cuando tal información no afecta en absoluto al derecho a la intimidad de las personas” (STS de 29 de marzo de 1999, RJ 1999/3573).

Desde el punto de vista normativo, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ha perfilado definitivamente el acceso de la Administración a los datos bancarios de acuerdo con las líneas que había venido marcando la jurisprudencia. En este sentido, el artículo 93, tras declarar la obligación de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, de *“proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas”* (apartado 1), dispone que *“el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario”* (apartado 3).

No obstante, el legítimo ejercicio de la potestad administrativa de acceso a los datos bancarios mediante requerimiento individualizado<sup>608</sup> queda sujeto al cumplimiento de dos requisitos esenciales<sup>609</sup>:

(1º) El requerimiento, que debe incardinarse en un previo procedimiento de comprobación tributaria, requiere una autorización específica: *“Los requerimientos*

---

<sup>608</sup> Las obligaciones de información que establece la LGT *“deberán cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria que podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos”* (artículo 93.2 LGT)

<sup>609</sup> Estos requisitos se establecen *“...en aras de la garantía de la intimidad de las personas y en evitación de un uso abusivo, no proporcional y arbitrario de la posibilidad de investigar las cuentas y demás operaciones activas y pasivas...”* (STS de 29 de marzo de 1999, RJ 1999/3573).

*individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago, de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio, podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine” (artículo 93.3 LGT, párrafo segundo). Ello supone que “la investigación del movimiento de las cuentas y operaciones referidas no puede ser decidida libérrima y personalmente por los Inspectores-actuarios”, los cuales “deben justificar ante el Director General o Delegado de Hacienda competente la necesidad de investigar las cuentas activas o pasivas, respecto de una determinada actuación comprobadora o investigadora” (STS de 29 de marzo de 1999, RJ 1999/3573). No obstante, esta exigencia de “justificar la necesidad de la investigación” es interpretada de forma harto flexible por la jurisprudencia por cuanto “sería absurdo exigir como tal justificación que la Inspección de Hacienda tuviera que probar ‘ab initio’ la existencia concreta y hasta cuantificada de la ocultación cometida. No debe olvidarse que la investigación bancaria es un instrumento de trabajo de la Inspección de Hacienda para conocer el flujo de ingresos, determinante de la renta obtenida, y de los gastos, determinante de la inversión y del consumo, y así comprobar si existe o no concordancia entre la renta declarada y la ecuación que define la renta obtenida, como la suma del incremento neto patrimonial, más el consumo, durante el periodo impositivo” (STS de 30 de octubre de 1996, RJ 1996/8608).*

(2º) El requerimiento ha de ser concreto o determinado: “Los requerimientos individualizados deberán precisar los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación, los obligados tributarios afectados, titulares o autorizados, y el período de tiempo al que se refieren” (artículo 93.3 LGT, párrafo tercero). Desde el punto de vista subjetivo, ello

supone que *“...en los supuestos de cuentas indistintas, depósitos de titularidad plural y supuestos análogos, la Administración Tributaria no puede utilizar la información obtenida frente a otro titular distinto del obligado tributario, sin seguir previamente los trámites precisos del correspondiente procedimiento de colaboración”* (STS de 20 de noviembre de 1989, RJ 1989/8161)<sup>610</sup>. Desde el punto de vista objetivo, aunque deben precisarse en el requerimiento *“los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación”*, la jurisprudencia ha venido entendiendo en sentido amplio las potestades administrativas, de forma que es admisible que el requerimiento comprenda la totalidad de las operaciones bancarias del sujeto obligado: *“...en principio, la Administración Tributaria puede conocer e investigar todas las cuentas y operaciones activas y pasivas bancarias o de otras entidades de crédito, pero lógicamente debe precisar, es decir indicar, fijar o determinar si va a examinar todas o unas pocas en concreto”* (STS de 30 de octubre de 1996, RJ 1996/8608).

Como garantía adicional, la información obtenida se califica como reservada (*“Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros...”*, artículo 95.1 LGT) y, consiguientemente, sujeta al deber de sigilo profesional (*“La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y*

---

<sup>610</sup> En sentido análogo la STS de 15 de febrero de 1994, RJ 1994/3447: *“El hecho de que el requerimiento de información pueda afectar a los cotitulares de las cuentas, como lo es el recurrente de la cuenta investigada, no vulnera el artículo 18.1 de la Constitución, ya que la Administración no puede utilizar contra ellos los datos obtenidos, sin que previamente se inicie un procedimiento de comprobación e inspección contra el afectado”* (en términos prácticamente idénticos, la STS de 11 de marzo de 1994, RJ 1994/2072).

*su uso adecuado. Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave”, artículo 95.3 LGT).*<sup>611</sup>

Finalmente, la LGT regula negativamente el deber de colaboración de los profesionales, estableciendo que *“la obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad*

---

<sup>611</sup> “...no es exacto afirmar que la Ley y la Orden Ministerial citadas otorgan unas facultades ilimitadas a la Inspección. La Ley prevé para la investigación de las Cuentas Corrientes un conjunto de requisitos (...). De esa larga lista de requisitos merece especial mención el deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos descubiertos en la investigación, asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto. Este requisito, que se reitera incluso en la misma Resolución impugnada, es tanto más importante cuanto que los datos obtenidos tampoco eran totalmente secretos, pues al confiarse a una empresa, es claro que han de ser conocidos por un círculo más o menos amplio de empleados de la misma. Y no se ve por qué razón debe existir menos confianza en la discreción de esos empleados que en la de unas autoridades y unos funcionarios públicos, sometidos como se ha dicho antes a severas responsabilidades de todo tipo si infringen el deber de sigilo a que la Ley les obliga. Se objetará que el ciudadano elige la entidad bancaria a la que confía sus secretos, pero no elige los Inspectores que lo investigan. Ello es cierto, pero por lo mismo el deber de sigilo está mucho más protegido en este último caso, sin contar que quienes obtienen el secreto, por su condición de servidores del Estado, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que puedan existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone” (STC 110/1984, de 26 de noviembre).

*personal y familiar. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.” Por tanto, no quedan excluidos en bloque todos los datos obtenidos por el profesional en el ejercicio de su actividad, pues no vulnera el secreto profesional “el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él en concepto de honorarios, ya que estos datos deben figurar en el libro de ingresos profesionales, de obligada llevanza y exhibición a la Inspección” (STC 110/1984, de 26 de noviembre).<sup>612</sup> Como consecuencia de ello, “los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación” (artículo 93.5 LGT), sin perjuicio de que “si en una posterior actuación inspectora se pretendiera penetrar, al exigir justificaciones de los movimientos bancarios, en zonas concernientes a la vida personal o familiar del actor, o de los titulares de la cuenta, o se les pidieran datos conocidos por su actuación profesional penal relativos a sus*

---

<sup>612</sup> *“El puro asiento o anotación en una cuenta corriente bancaria indica simplemente un cargo o abono, que responden a una salida o a una entrada de fondos. Es claro, que los honorarios profesionales ingresados en una cuenta corriente producirán un abono en la misma, por ello la Inspección de Hacienda está facultada para conocer la existencia de dicho abono, la identidad del cliente, y genéricamente el concepto o servicio profesional prestado, como por ejemplo: un asesoramiento, un dictamen, una demanda en un juicio; hasta ahí se respeta según la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 noviembre 1984 y del Tribunal Supremo de 29 julio 1983, RJ 1983/4005, entre otras), el derecho a la intimidad y el secreto profesional, en cambio lo que no puede indagar ni conocer la Inspección de Hacienda, es la cuestión jurídica sobre la que se pide el asesoramiento, o el dictamen, o las pretensiones inherentes a la demanda en juicio, es decir, se puede investigar la causa inmediata económica del abono en la cuenta bancaria, pero no la causa remota; similar interpretación y comentario cabe hacer respecto de los cargos o pagos. Se rechazan, por tanto, las alegaciones relativas a la violación del derecho a la intimidad y al secreto profesional” (STS de 30 de octubre de 1996, RJ 1996/8608).*



*La ordenación pública de las entidades de crédito*

*clientes, se abriría la posibilidad de reclamación judicial de amparo de los derechos fundamentales en su caso afectados” (STS de 13 de junio de 1990, RJ 1990/4779).*

*Juan Manuel Vega Serrano*

## 7. La Administración crediticia

### 7.1. La distribución constitucional de competencias en materia crediticia

Como hemos señalado anteriormente al examinar la competencia autorizatoria (vid. epígrafe 3.2.1), el artículo 149.1.11 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las “bases<sup>613</sup> de la ordenación del crédito, banca y seguros”, lo que supone la correlativa habilitación para que las Comunidades Autónomas asuman por vía estatutaria la “legislación de desarrollo” y la “ejecución”, como efectivamente hizo el Estatuto vasco (artículo 11.2.a).

El título competencial específico conferido al Estado por el artículo 149.1.11 CE debe entenderse, no obstante, sin perjuicio del más general contenido en el artículo 149.1.13 CE<sup>614</sup>: *“habida cuenta de la relevancia que presenta el sistema*

---

<sup>613</sup> *“La finalidad perseguida por la Constitución al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases en una materia es asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, un común denominador normativo, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia en cuestión le ha sido asignado por la Constitución y su propio Estatuto”* (STC 48/1988, de 22 de marzo).

<sup>614</sup> *“Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.*

STC 32/1983, de 28 de abril: *“La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema. En este sentido, (...) aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta de la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el artículo 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye,*

*financiero para el funcionamiento de la economía en su conjunto, la presencia de una regla competencial específica, como es, en lo que ahora exclusivamente interesa, la relativa a la ordenación del crédito y la banca, no puede significar el completo desplazamiento de la regla competencial atinente a la planificación general de la actividad económica” si bien “dicha competencia estatal no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de lo contrario se produciría el vaciamiento de títulos competenciales autonómicos más específicos” (STC 235/1999, de 16 de diciembre).*

El alcance de las bases estatales de ordenación del crédito fue tempranamente examinado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 1/1982, de 28 de enero<sup>615</sup>. El Pleno del Tribunal parte de la existencia de una “*constitución económica*”<sup>616</sup> que exige cierta actuación homogénea de ámbito o eficacia nacional:

---

*aparece, salvo en una ocasión (artículo 149.1.15), unida a la competencia sobre las bases (artículos 149.1.13 y 149.1.16).”*

<sup>615</sup> Es éste un ámbito en el que resulta particularmente pertinente la observación de Fernández Farreres: “*Que la aportación del Tribunal Constitucional a la definición del sistema autonómico ha sido de primera magnitud es algo indiscutible; tan relevante ha sido esta contribución que, con razón, se ha podido calificar a la nueva estructura del Estado surgida de la Constitución de 1978 como ‘Estado autonómico jurisdiccional’.*” Fernández Farreres, Germán, *La contribución de la jurisprudencia al Estado autonómico*, Anuario Jurídico de La Rioja, número 6-7, años 2000-2001, página 54.

<sup>616</sup> “*En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal.*”

*“Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de ‘un orden económico y social justo’ y cuyo artículo 2.º establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional (artículos 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1).” Esta “unicidad del orden económico nacional” actúa como presupuesto del reparto competencial, o en otros términos, como criterio lógico de atribución al Estado de ciertas facultades de intervención en la vida económica, con carácter íntegramente exclusivo o básico.<sup>617</sup> Partiendo de esta constatación, y de una consideración “material”<sup>618</sup> del concepto de base estatal, el Tribunal*

---

<sup>617</sup> *“La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos, con el artículo 149.1.10 CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las ‘bases’, como ocurre con los indicados en el artículo 149.1.11 y 13 CE”.*

<sup>618</sup> La concepción “material” de las bases estatales ya se encuentra en la STC 32/1981, de 28 de julio: *“La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material, y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”,* con la importante consecuencia de que *“el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos de su*

---

*apartado 1.º se refiere el artículo 149, no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco.”*

Desarrolla el concepto material de base la STC 24/1985, de 21 de febrero: *“la noción de ‘bases’ debe ser entendida como noción material, y en consecuencia los criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente; de esta noción material de ‘bases’ se infiere que lo esencial de su concepto es su contenido; por lo cual, aunque las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución; cuando la materia está regulada por normas preconstitucionales, y hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Gobierno puede inferir cuáles son las bases de aquéllas, siempre que ello sea posible sin que la deducción sea sólo aparente y se convierta en una verdadera labor de innovación y sin perjuicio de que tal deducción siempre nacería afectada de una cierta provisionalidad y quedaría pendiente de que el legislador la confirmase o la revocase”*. En sentido análogo, la STC 48/1988, de 22 de marzo: *“(…) las bases a las que han de sujetarse las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias pueden estar contenidas tanto en normas posteriores a la Constitución como en normas preconstitucionales. Por ello, en el caso de que no exista legislación posconstitucional sobre la materia, dichas Comunidades deberán respetar no sólo los principios que inmediatamente se deriven de la Constitución, sino también los criterios básicos que racionalmente se infieran de la legislación estatal vigente, siempre que ésta -como ocurre en el caso que nos ocupa, en lo que se refiere al régimen jurídico y sancionador de las Cajas de Ahorro- discipline la acción sectorial del Estado y no se encuentre inmediatamente condicionada por una estructura política distinta de la que resulta de la Constitución.”*

Para un interesante reflexión sobre la concepción formal o material de las bases estatales, véase a Fernández Farreres: *“En mi opinión, el TC (...) opera con arreglo no a un único criterio o noción ‘material-formal’ de ‘bases’ sino sobre dos criterios alternativos y de hecho independientes, uno formal y otro material. (...) el TC parece dar por sentado que hay materias a priori básicas, como si lo fueran por naturaleza –criterio material-, sobre las cuales sólo las Cortes Generales –criterio formal- pueden penetrar introduciendo*

Constitucional realiza una interpretación sumamente amplia de la competencia del artículo 149.1.11 al sostener que *“las ‘bases de ordenación del crédito’ (...) deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios”*. En consecuencia, las bases estatales pueden regular (deben, según el TC) tanto los elementos institucionales del sistema financiero (estatuto de los intermediarios) como aquellos aspectos funcionales u operativos que, a juicio de las Cortes Generales<sup>619</sup>, incidan en *“intereses generales superiores a los de cada Comunidad*

---

*variaciones o alteraciones, innovando en suma.”* Fernández Farreres, Germán, *El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 4, número 12, septiembre-diciembre de 1984, página 140.

<sup>619</sup> Si bien *“las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo en su calidad de intérprete supremo de la Constitución”* (STC 32/1981, de 28 de julio). En idéntico sentido: *“En cualquier caso, el concepto de bases, como delimitador de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es un concepto material y no formal, y ello implica que no todo lo que el legislador estatal califica formalmente de base lo es necesariamente. Ciertamente corresponde al Estado determinar mediante ley, como regla general, lo que ha de considerarse básico, esto es, el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias. Pero la definición concreta de ese común denominador realizada por el legislador no vincula a este Tribunal que, como intérprete supremo de la Constitución, puede y, en su caso, debe someterla al correspondiente examen, con el fin de comprobar si la uniformidad básica establecida es consecuente o no con la finalidad objetiva perseguida al reservar al Estado la competencia para fijar bases en una determinada materia”* (STC 48/1988, de 22 de marzo).

*Autónoma*<sup>620</sup>. Esta competencia estatal será particularmente intensa en aquellos supuestos en los que exista un potencial conflicto entre ambas esferas de intereses: *"No cabe duda (...) de que la articulación entre los intereses propios de cada Comunidad (...) y los generales de la Nación (...) corresponde al Estado, pues sin tal articulación el principio de unidad del ámbito económico nacional sufriría graves quebrantos. La regulación de esa necesaria articulación constituye materia básica de la ordenación del crédito y es, por lo mismo, competencia del Estado."*

Concebidas de modo amplio las bases de la ordenación del crédito en un sentido "horizontal" (pues, como hemos visto, pueden comprender tanto el estatuto jurídico de los intermediarios financieros como aspectos propiamente funcionales u operativos), el Tribunal Constitucional, haciendo uso del carácter "material" de base, extiende la competencia estatal "verticalmente", lo que supone que puede ser ejercida no sólo por las Cortes Generales, sino también por el Gobierno (*"estas 'bases' han de ser, en principio, normas legales, orgánicas rara vez y ordinarias en su mayor parte, pero también, en su caso, reglamentarias, en el uso de la potestad que al Gobierno de la Nación otorga el artículo 97 de la Constitución"*, STC

---

<sup>620</sup> Estos intereses, por otra parte, pueden exigir la adopción de decisiones u orientaciones distintas a lo largo del tiempo pues para calificar como básica una normativa estatal *"tampoco es óbice la circunstancia de que se trate de medidas reputables como coyunturales porque éstas no se apartan de la finalidad de la consecución de los intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito"* (STC 91/1984, de 9 de octubre), lo que supone que aunque *"las bases, por su propia esencia, tienen vocación de estabilidad (...) en ningún caso son inamovibles ni puede predicarse de ellas la petrificación, incompatible no sólo con el talante evolutivo del derecho sino con el propio dinamismo del sector de la economía en el cual se insertan"* (STC 135/1992, de 5 de octubre). En sentido análogo la STC 24/1985, de 21 de febrero: *"ocurre que en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional"*.

135/1992, de 5 de octubre)<sup>621</sup> e, incluso, por el Banco de España (*“La ordenación básica del crédito y la Banca, en su aspecto institucional, corresponde no sólo a los Cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España”, ídem*) u otros Centros Directivos, como la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (*“el carácter ejecutivo de las facultades que (...) se atribuyen a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y, sobre todo, al Banco de España no determina extralimitación competencial alguna del Estado, ni por ello, vulneración de las competencias que en la materia corresponden al Gobierno Vasco. Esas facultades están directamente vinculadas a la ordenación básica del crédito (...), sin que el hecho de que se trate de funciones estrictamente ejecutivas desapodere al Estado de la competencia para su adopción”,* STC 87/1993, de 11 de marzo).

---

<sup>621</sup> STC 42/1983, de 20 de mayo: *“después de la Constitución la definición de las bases de una determinada materia, en términos generales ha de hacerse por ley, pues viene a delimitar lo que es competencia estatal y a definir al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma la competencia asumida en su Estatuto, sin excluir que este aspecto nuclear pueda ser completado mediante normas reglamentarias en aquellos supuestos en que el desarrollo normativo con eficacia en toda la nación venga exigido para la vigencia efectiva de las bases establecidas por la Ley”. STC 48/1988, de 22 de marzo: (...) aun cuando, por su carácter estable y no coyuntural, las bases han de establecerse en leyes, especialmente tras la entrada en vigor de la Constitución, excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases. Por ello, en materia de ordenación del crédito cabe asignar, como hace el Letrado del Estado en los presentes recursos, carácter básico a algunas normas reglamentarias, a pesar de su rango, así como a ciertas funciones ejecutivas del Banco de España en la medida en que son precisas para asegurar el adecuado funcionamiento de las Entidades de crédito o la efectividad de la política financiera del Estado.”*



Consecuentemente, las “bases” de la ordenación del crédito, aunque de naturaleza ordinariamente legislativa, pueden revestir carácter reglamentario e, incluso, meramente ejecutivo<sup>622</sup>: *“El contenido esencialmente normativo de las ‘bases’ para la regulación del crédito y la banca, en sus diferentes aspectos y niveles ya señalados, no significa que en esa ‘ordenación’ no quepa otro tipo de actuaciones. Aun cuando, en principio, la aplicación de la norma a cada supuesto de hecho individualizado parece estar extramuros de aquélla (SSTC 1/1982, 32/1983 y 42/1983), también pueden quedar comprendidos en su ámbito los actos ejecutivos, actos administrativos singulares en cuanto resulten necesarios para la preservación de lo básico (SSTC 56/1983 y 57/1983, fundamentos jurídicos 4.º y 7.º) o para garantizar, con carácter complementario, la consecución de los fines inherentes a la regulación básica (STC 48/1988, fundamento jurídico 3.º c). Esta posibilidad de pasar a la ejecución tiene su fundamento no sólo en las exigencias de la unidad del sistema económico general, lo que se ha llamado la ‘constitución económica’, para cuya intangibilidad no bastan los denominadores comunes de naturaleza normativa, sino también en la necesidad de actuaciones estatales directas por razones de urgencia en prevención de perjuicios irreversibles al interés general”* (STC 135/1992, de 5 de octubre). En idéntico sentido, la STC 178/1992, de 13 de diciembre: *“Siendo, pues, incuestionable que la competencia estatal sobre las bases de la ordenación del crédito puede alcanzar y englobar aspectos puramente ejecutivos, ya lo sea porque se encuentren afectados directamente intereses supraautonómicos, o porque se trate de decisiones y actuaciones que trascienden*

---

<sup>622</sup> *“Cuando la Constitución utiliza el término bases (así en el artículo 149.1.11.ª, 13.ª y 18.ª) está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, un común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas; pero estas competencias no se agotan con las propias legislativas, pues cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame el complemento reglamentario, y aun el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable”* (STC 57/1983, de 28 de junio).

*del caso particular y de las situaciones concretas afectadas, dada la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional, o, en fin, porque el acto de ejecución comporte, por necesidad intrínseca de la materia, márgenes tan amplios de discrecionalidad que sólo pueda ser adoptado por instancias que no tengan a su cuidado intereses peculiares distintos a los puramente generales”.*<sup>623</sup>

## **7.2. El Ministerio de Economía y Hacienda. La Dirección General del Tesoro y Política Financiera**

### **7.2.1. Antecedentes**

El Ministro de Economía y Hacienda ejerce, en desarrollo<sup>624</sup> de la política financiera general establecida por el Gobierno<sup>625</sup>, las competencias de la Administración del

---

<sup>623</sup> Como ha señalado Muñoz Machado, *“carece de justificación la exacta homologación de los conceptos ‘bases’ y ‘legislación básica’ (...) porque ni siquiera literalmente expresan lo mismo. Es manifiesto que en el segundo caso la Constitución pretende constreñir las competencias a lo legislativo. No en el primer caso, desde luego. No se está pretendiendo solamente la aplicación de una regulación unitaria, sino también la atribución al Estado de todas las potestades de intervención necesarias para asegurar una gestión unitaria de los aspectos esenciales de una determinada política o acción pública de interés general. Por consiguiente, el concepto bases incluye con más naturalidad las competencias de carácter ejecutivo junto con las legislativas que ordinariamente atribuye”*. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo II, página 763.

<sup>624</sup> Artículo 4.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno: *“Los Ministros, como titulares de sus Departamentos, tienen competencia y responsabilidad en la esfera específica de su actuación, y les corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: a) Desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del Presidente del Gobierno. (...)”*

Estado en relación con el sistema crediticio<sup>626</sup>. En el ámbito del Ministerio, estas competencias son conferidas a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, centro directivo que tiene atribuida la *"dirección, desarrollo y ordenación de la política financiera"* (artículo 18.1.i) del Real Decreto 1127/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda).<sup>627</sup> Es, asimismo, el Centro Directivo que articula las relaciones de la

---

<sup>625</sup> "(...) al Gobierno de la Nación le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general (artículo 10.26 EV), en cuanto partes de la política económica general (artículo 97 de la CE), como la coordinación de las mismas con las que pueda tener cada Comunidad en su ámbito respectivo (artículo 45.2 EV)" (STC 1/1982, de 28 de enero).

<sup>626</sup> Como veremos posteriormente, el Banco de España se integra en la Administración del Estado (STC 135/1992, de 5 de octubre), por lo que sus competencias son, en un sentido amplio, estatales. Nos referimos aquí, pues, a aquellas competencias estatales que el Ministerio ejerce directamente, por no haber sido desconcentradas en el Banco de España.

<sup>627</sup> La Dirección General del Tesoro y Política Financiera se incardina orgánicamente en la Secretaría de Estado de Economía. De conformidad con el artículo 13.1 del Real Decreto 1254/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, *"La Secretaría de Estado de Economía, bajo la superior dirección del Ministro de Economía y Hacienda, ejercerá las competencias relativas a la orientación de la política económica, situación económica coyuntural, previsión de las magnitudes macroeconómicas, políticas económicas sectoriales, defensa de la libre competencia, informe y aprobación de precios, tarifas, peajes y cánones en materias de su competencia, tesorería del Estado y política financiera, seguros y reaseguros privados, capitalización y fondos de pensiones, estadísticas y representación en determinados foros internacionales económicos y financieros."*

Administración General del Estado con el Banco de España, ostentando el Director General la condición de vocal nato del Consejo de Gobierno de esta institución.<sup>628</sup>

Aunque los orígenes remotos de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera deben buscarse en la reforma hacendística emprendida por Carlos I<sup>629</sup>,

---

<sup>628</sup> Las relaciones de la Dirección General del Tesoro con el Banco de España han sido tradicionalmente estrechas, aunque no siempre en buenos términos: *"Dicho se está que con esta cuestión no podían ser muy amistosas nuestras relaciones con la Dirección General del Tesoro, ni con el Ministerio de Hacienda; pero se restablecieron con la entrada en éste de don Francisco Santa Cruz; tomaron aún más aquel carácter con su sucesor don Manuel Cantero, que había sido Consejero del Banco muchos años y, posteriormente, con don Pedro Salavarría, que fue nombrado Ministro de Hacienda cuando aún conservaba la propiedad de Secretario del Banco"*. De Santillán, Ramón, *Memoria histórica sobre los Bancos Nacional de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando y de España*, II, página 109. Citado por Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, en *Crédito, Banca y Cajas de Ahorros*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, página 50.

A título anecdótico, podemos señalar que al desplazarse el Banco de España a su actual localización en la Plaza de Cibeles, "heredó" su sede en la Plaza de Benavente la Dirección General del Tesoro, que hasta ese momento se encontraba en la tercera planta del caserón de la Aduana, en Alcalá 9 (donde, por cierto, aún la sitúa Galdós en *Miau*).

<sup>629</sup> *"A su vuelta a Castilla, tras los sucesos de la Comunidades, Carlos V emprende una reforma en la administración del Estado. Los órganos centrales de la hacienda son reorganizados dentro de este plan conjunto. En 1523 se crea el Consejo de Hacienda como organismo supremo en los asuntos hacendísticos y, a la vez, se intenta una unidad de caja, meta que no se habría de alcanzar. (...) Los pagos necesarios para satisfacer las cuentas ordinarias de la Corte y demás obligaciones del soberano eran efectuados por el denominado Tesorero general. El dinero que necesitaba le era librado por los distintos receptores tras las cédulas reales que ordenaban las cantidades y el concepto, y esto último no siempre. Como vimos más arriba, el dinero que llegaba a la Corte era escaso; por el ello, el Tesorero estaba obligado a buscar crédito para hacer frente a los pagos más*

su configuración moderna es más reciente y, aún más la atribución a la misma de competencias en relación con el sistema financiero. Ciertamente, como consecuencia de la aprobación del Reglamento de Inspección de las sociedades de crédito mediante Real Decreto de 17 de enero de 1847 se creó un Servicio de Inspección en el Ministerio de Hacienda<sup>630</sup>, la Real Orden de 10 de diciembre de 1895 estableció en la Dirección General del Tesoro un Negociado especial de Banca, y el Real Decreto de 13 de noviembre de 1901 mencionó entre las competencias de la Dirección General a los “bancos y sociedades de crédito”; sin embargo, mal podía hablarse en la época de una verdadera administración crediticia ante la carencia de una siquiera rudimentaria regulación bancaria y de las consiguientes facultades de intervención. Éstas arrancan de la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921 que crea la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada como órgano con funciones normativas<sup>631</sup> e inspectoras de las

---

*perentorios, e incluso era el mismo Tesorero quien prestaba el dinero necesario, ya que en muchos casos eran precisamente elegidos para este cargo financiero con caudal y crédito suficiente”. Cuartas Rivero, Margarita, Los Tesoreros generales de la Corona de Castilla en el siglo XVI (Orígenes de la Dirección General del Tesoro). Bien puede decirse, en consecuencia, que el Tesorero general ejercía funciones, no sólo de tesorería, sino también de banquero público.*

<sup>630</sup> Tradicionalmente, las competencias de intervención de la Administración del Estado se han residenciado en el Ministerio de Hacienda (o más recientemente, en Economía), con la única excepción del periodo 1870-1874, fecha esta última en que el Decreto de 11 de junio de 1874 derogó el Decreto de la Regencia de 1870 que había hecho depender a los bancos del Ministerio de Fomento.

<sup>631</sup> La Ley preveía que “*las normas que el Consejo (Superior Bancario) acuerde y el Comisario regio sancione, serán, mientras no sean derogadas o modificadas, de observancia para toda la Banca inscrita, y su infracción podrá dar lugar, además de a las sanciones que en el Reglamento se establezcan, a la eliminación del infractor de la inscripción en la Comisaría*”. En consecuencia, las normas aprobadas por la Comisaría no

entidades de crédito (si bien las cajas de ahorro continuarán sometidas al protectorado del Ministerio de Trabajo hasta el Decreto de 10 de mayo de 1957). Suprimida la Comisaría en 1938<sup>632</sup>, sus competencias serán asumidas por la Dirección General de Banca y Bolsa<sup>633</sup>. El ejercicio directo por el Ministerio de las competencias de supervisión no dejaba de ser anómalo por lo que, al nacionalizarse el Banco de España en 1962, se transferirá a esta institución “la inspección de la banca privada” (Base 2ª de la Ley de 14 de abril de 1962, de

---

eran de observancia general, sino que únicamente obligaban a las entidades inscritas ante la propia Comisaría. Este régimen se explica por cuanto la Ley de 1921 se articulaba sobre la distinción entre banca no inscrita (sometida a las normas mercantiles) y banca inscrita (a la que se le reconocían ciertos privilegios condicionados a la inscripción en la Comisaría y al consiguiente sometimiento a sus normas de disciplina). Se trataba, en definitiva, de un régimen análogo al anglosajón en el que la competencia del supervisor (*chartering authority*) deriva de la autorización o ‘carta’ (*charter*) y se extiende exclusivamente a las entidades autorizadas por aquél (*chartered entities*).

<sup>632</sup> “Durante la guerra, fue suprimido dicho Consejo (Superior Bancario). Sus funciones fueron divididas en dos partes: las delegadas – que estaban atribuidas más que al Consejo propiamente dicho al Comisario de la Banca privada – se las reservó el Ministerio de Hacienda, encomendándolas a un nuevo centro directivo que creó – la Dirección General de Banca y Bolsa –; y las consultivas las transfirió primeramente a un Consejo nacional del Crédito, que apenas existió, y después al Comité Central de la Banca, que pasó a ser órgano oficial del Ministerio y al que también le fue concedido el carácter de órgano ejecutor de la política de crédito en el sector de la Banca privada”. Olariaga, Luis, *La ordenación bancaria en España*, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1946, página 42.

<sup>633</sup> Inicialmente, Servicio Nacional de Banca, Moneda y Cambio. El Servicio pasa a denominarse Dirección General de Banca y Bolsa por Ley de 23 de septiembre de 1939 (artículo 3).

Bases de Ordenación del Crédito y la Banca)<sup>634</sup>, con la consiguiente supresión de la Dirección General de Banca y Bolsa<sup>635</sup>. El Ministerio mantuvo, no obstante, significativas competencias que fueron concentradas en la Dirección General de Política Financiera, que se refundirá finalmente con la Dirección General del Tesoro en 1982.

### 7.2.2. Funciones

---

<sup>634</sup> Consiguientemente, el artículo 2.1 del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, atribuyó al Banco de España *"las funciones relativas a la disciplina e inspección de la Banca privada"*. No obstante, esta atribución debía entenderse en el marco de la sujeción del Banco de España a la Administración del Estado: *"La autoridad en materia monetaria y de crédito corresponde al Gobierno, el cual señalará al Banco de España y a los diferentes organismos de crédito, a través del Ministerio de Hacienda, las directrices que hayan de seguirse en cada etapa, orientando, en definitiva, la política monetaria y de crédito en la forma que más convenga a los intereses del país"* (Base 1ª de la Ley de 14 de abril de 1962, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca).

<sup>635</sup> Decreto 2908/1962, de 15 de noviembre.

Las competencias de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera<sup>636</sup> se encuentran enumeradas actualmente en el artículo 18.1 del Real Decreto 1127/2008, de 4 de julio<sup>637</sup>, pudiendo sistematizarse las relativas al sistema financiero<sup>638</sup> en las siguientes categorías:

a) Competencias normativas

---

<sup>636</sup> En relación con su estructura orgánica, el artículo 18.2 prevé que la Dirección General del Tesoro y Política Financiera estará integrada por las siguientes Subdirecciones Generales:

- a) La Subdirección General de Gestión de Cobros y Pagos del Estado.
- b) La Subdirección General de Financiación y Gestión de la Deuda Pública.
- c) La Subdirección General de Legislación y Política Financiera.
- d) La Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales
- e) La Subdirección General de Análisis Financiero y Estratégico.
- f) La Subdirección General de Informática y de Gestión.
- g) La Subdirección General de Medidas Económicas Extraordinarias (creada por Real Decreto 1386/2009, de 28 de agosto).

Asimismo, en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera existirá una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado con nivel orgánico de subdirección general.

<sup>637</sup> En este epígrafe, todas las referencias deben entenderse hechas al Real Decreto 1254/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, salvo que se indique otra cosa.

<sup>638</sup> Omitimos aquí, pues, las competencias de la Dirección General de carácter hacendístico, como las relativas a la tesorería del Estado (artículo 18.1.a) o a la gestión de la deuda pública (artículo 18.1.c).



La Dirección General es competente para la elaboración y tramitación de las disposiciones relativas a las entidades financieras y de crédito, a los mercados de valores, a los sistemas e instrumentos de pago, al régimen de sociedades cotizadas y buen gobierno corporativo y de defensa y protección de los usuarios de servicios financieros, así como a los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior, salvo las disposiciones relativas a inversiones exteriores, en cuyo caso, le corresponderá la emisión de informe preceptivo previo sobre su adecuación a la normativa sobre la actividad financiera (artículo 18.1.h). Adicionalmente, le corresponde la elaboración de la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales (artículo 18.1.i) en relación con el artículo 23 del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre).

Asimismo, la Dirección ostentará en el marco de sus competencias<sup>639</sup> la representación española en el Comité Europeo Bancario, en el Comité Europeo de Valores, en el Comité Europeo de Conglomerados Financieros, en el Subcomité Europeo de Monedas y en los grupos de trabajo que dependan de ellos, así como en el Comité de Mercados Financieros y en el Grupo Directivo de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y en los Comités Técnicos de la Unión Europea en materia de entidades de crédito, mercados financieros e instituciones de inversión colectiva (artículo 18.1.j). Ello es de la máxima importancia, dado que, desde la incorporación a las Comunidades Europeas, todas las reformas significativas operadas en nuestra legislación financiera han respondido al proceso de armonización comunitario, de modo que

---

<sup>639</sup> Se trata, pues, de una competencia accesorio. En la medida en que se confieren a la Dirección determinadas competencias normativas, se le atribuye correlativamente la representación en los correspondientes Comités. Con ello, se reconoce el hecho indiscutible de que es en dichos Comités donde se generan las directrices de política financiera que, posteriormente, se articulan en normas de derecho nacional.

las posiciones adoptadas en los referidos comités técnicos vienen a prefigurar las ulteriores decisiones legislativas de derecho interno.

#### **b) Competencias ejecutivas**

La Dirección General ejerce la gestión de los registros oficiales de instituciones, entidades y mercados financieros que le esté encomendada, la tramitación de las autorizaciones<sup>640</sup> relativas a aquéllos, las funciones de gestión y control previo de

---

<sup>640</sup> Corresponde al Ministro de Economía y Hacienda autorizar la creación de bancos (artículo 1.1 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito). Consecuentemente, *“la solicitud de autorización para la creación de un banco se dirigirá a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (...)”* (artículo 3), como Centro Directivo del Ministerio competente en materia financiera. También es competente la Dirección en materia de modificaciones estatutarias pues conforme al artículo 8.1, *“la modificación de los Estatutos sociales de los bancos estará sujeta al procedimiento de autorización y registro establecido en el artículo 1, si bien la solicitud de autorización deberá resolverse dentro de los dos meses siguientes a su recepción en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, transcurridos los cuales podrá entenderse estimada.”*

En cuanto a la creación de cajas de ahorros, siendo competencia del Ministro de Economía y Hacienda su autorización (artículo 1 del Decreto 1838/1975, sobre creación de cajas de ahorros y distribución de los beneficios líquidos de estas entidades), correspondía asimismo la tramitación del expediente a la Dirección General. Sin embargo, tras la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias en la materia, su autorización se realizará por el consejero competente: *“(...) este precepto no puede calificarse de inconstitucional en cuanto determina la titularidad de la competencia autonómica para conceder la autorización (de las cajas de ahorros) y tramitar el expediente”* (STC48/1988, de 22 de marzo).

actividades en los mercados financieros que le estén atribuidas, así como el análisis y seguimiento de la evolución de las instituciones y mercados financieros y la propuesta de ordenación de éstos (artículo 18.1.f).

Aunque el decreto de organización menciona asimismo *“el ejercicio de las funciones de inspección financiera atribuidas a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera”* (artículo 18.1.g), éstas son extremadamente limitadas en la actualidad, al haberse conferido legislativamente en su práctica integridad a los supervisores sectoriales (Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores). La Dirección mantiene, no obstante, la investigación e inspección que resulten necesarias para prevenir y corregir las infracciones de las normas sobre régimen jurídico de movimientos de capitales y transacciones económicas con el

---

En relación con las cooperativas de crédito, establece el artículo 4.1 del Reglamento de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, aprobado por Real Decreto 84/1993, de 22 de enero, que *“la solicitud de autorización para la creación de una cooperativa de crédito cuyo ámbito proyectado no exceda del autonómico se presentará ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma del domicilio de la proyectada entidad, quien en el plazo máximo de dos meses la elevará con su informe a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Si el ámbito excediera del autonómico se presentará ante el centro directivo citado, quien solicitará informe a la Comunidad Autónoma del domicilio social de la entidad en proyecto, continuándose la tramitación del expediente si no se recibe dicho informe transcurridos dos meses desde la solicitud.”*

Respecto de los establecimientos financieros de crédito, su autorización corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, debiendo ser resuelta la solicitud de autorización dentro de los tres meses siguientes a su recepción en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (artículo 3 del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril). Por el contrario, los establecimientos de cambio de moneda serán autorizados por el Banco de España (artículo 3.1 del Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre).

exterior (artículo 18.1.k) en relación con el artículo 12.1 de la Ley 19/2003, de 4 de julio).

c) Competencias sancionadoras<sup>641</sup>

En materia de disciplina bancaria, las competencias del Ministerio de Economía y Hacienda son limitadas. Conforme al artículo 18 LDIEC, el Banco de España será competente para la instrucción de los expedientes sancionadores e impondrá las sanciones por infracciones graves y leves. La imposición de sanciones por infracciones muy graves corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Banco de España, salvo la revocación de la autorización, que se impondrá por el Consejo de Ministros.

Por el contrario, corresponde a la Dirección la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores en materia de transacciones económicas con el exterior (artículo 18.1.k) en relación con el artículo 12.2.a) de la Ley 19/2003, de 4 de julio) y de prevención del blanqueo de capitales (artículo 18.1.l) en relación con el artículo 15.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre).<sup>642</sup>

---

<sup>641</sup> Pueden considerarse como una modalidad de competencias ejecutivas, si bien por motivos sistemáticos, las estudiamos aparte.

<sup>642</sup> Conforme al artículo 18.2 corresponde a la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales el ejercicio de las funciones de Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Por su parte, el artículo 15.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales establece que corresponderá a la Secretaría de la Comisión, entre otras funciones, incoar e instruir los procedimientos sancionadores a que hubiere lugar por la comisión de las infracciones previstas en dicha Ley, así como formular la correspondiente propuesta de resolución, que elevará a la Comisión.

Finalmente, se han atribuido recientemente a la Dirección, mediante Real Decreto 1386/2009, de 28 de agosto, las funciones relativas las denominadas “medidas económicas extraordinarias”<sup>643</sup>, derivadas de la actual crisis financiera, que analizaremos en el último apartado de este trabajo

### **7.3. El Banco de España**

#### **7.3.1. Antecedentes**

Los orígenes históricos del Banco de España deben buscarse en el Banco Nacional de San Carlos, creado mediante Real Cédula de 2 de junio de 1782. Aunque de capital privado<sup>644</sup>, el Banco nació estrechamente vinculado a la Hacienda<sup>645</sup>,

---

<sup>643</sup> Concretamente “el estudio, propuesta y gestión de las medidas económicas extraordinarias en el ámbito de competencias de la Dirección General, así como la gestión de aquellas otras medidas que le sean encomendadas a ésta, entre otras el Fondo de Adquisición de Activos Financieros, los nuevos avales que surgen como medidas excepcionales de apoyo económico ante la actual crisis económica, el Fondo para la Titulización de la Deuda del Sector Eléctrico y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria” (artículo 18.1.s)

<sup>644</sup> *“Se configura el Banco (de San Carlos) como una compañía de comercio privilegiada. Su naturaleza era, por tanto, privada, aunque dotada de privilegios otorgados por el Estado. Esta circunstancia es la que determina que el preámbulo de la Cédula de creación se refiera a él como un banco público. Los privilegios de que disfruta son los típicos de las compañías de comercio del Antiguo Régimen que, a su vez habilitan otras tantas intervenciones por parte del Estado. El capital del banco, que era libremente transmisible, estaba dividido en acciones que podía ser adquiridas por cualquier clase de personas, cualquiera que fuese su estado, calidad o condición, sin excepcionar las órdenes regulares y sus individuos”.* Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 927.

especializándose en la gestión de los denominados vales reales<sup>645</sup>, títulos de deuda pública que eran admisibles como papel moneda en determinadas operaciones mercantiles.

---

<sup>645</sup> *"Los Bancos de emisión fueron, por lo general, creados para auxiliar a los Estados en sus necesidades crediticias, y cuando fueron entregados en concesión al capital privado disfrutaron, como compensación por sus servicios, del privilegio de explotar la creación de dinero fiduciario".* Olariaga, Luis, *La ordenación bancaria en España*, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1946, página 10.

Así ocurrió paradigmáticamente en nuestro país, pues el otorgamiento al Banco de España en 1874 del monopolio de emisión se condicionó expresamente a la concesión de un importante empréstito al Gobierno de la época: *"Como compensación de las facultades concedidas al Banco de España por aumento de capital y de emisión, prolongación de su privilegio y fusión de los Bancos de provincia, anticipará el mismo al Tesoro 125 millones de pesetas"* (artículo 17 del Decreto-ley de 19 de marzo de 1874).

<sup>646</sup> Eran funciones del Banco *"satisfacer, anticipar y reducir a dinero efectivo las letras de cambio, vales reales y pagarés que voluntariamente se lleven a él, administrar o tomar a su cargo los asientos del ejército y marina, dentro y fuera del Reino, y pagar las obligaciones del Real giro en los países extranjeros"* (Ley 6ª, Título III, Libro IX de la Novísima Recopilación).

Como señala Muñoz Machado, *"la depresión que siguió a la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos y el enfrentamiento subsiguiente de España con Inglaterra, agravaría el Estado de la Hacienda. Un nuevo intento de paliarlo consistirá en la emisión de un nuevo título de deuda pública: los vales reales. Se emitirían por valor de 9.900.000 pesos de vellón, para respaldar el empréstito en efectos y letras facilitado por Francisco Cabarrús y otros. Como consecuencia del bloqueo del comercio con América, los problemas del asedio de Gibraltar y la recuperación de Menoría, comenzó a descender la cotización del vellón y para sostenerla se creó el Banco Nacional de San Carlos, que comenzó a operar el 1 de julio de 1783, bajo la dirección de Cabarrús"*. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de*

Las dificultades del Tesoro en el contexto de las prolongadas guerras napoleónicas, coloniales y civiles conllevaron un creciente recurso al endeudamiento del Estado con el Banco, lo que se tradujo en un serio deterioro patrimonial de la institución<sup>647</sup>. Como consecuencia de ello, se procedió a su liquidación y a la creación, mediante Real Cédula de 9 de julio de 1829, del Banco Español de San Fernando<sup>648</sup>, antecedente directo del Banco de España<sup>649</sup>. Al igual que en el caso del Banco

---

*Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 900.

<sup>647</sup> Franch i Saguer señala como causas de la crisis del Banco Nacional de San Carlos “*sus inversiones arriesgadas y heterogéneas, los enfrentamientos históricos con Francia e Inglaterra y su deficiente estructura y organización*”. Franch i Saguer, Marta, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, página 157.

<sup>648</sup> Se celebró un convenio transaccional o “corte de cuentas” por el que se fijaba en 40 millones de reales el saldo vivo deudor del Estado con el Banco de San Carlos, cantidad que fue aplicada a la constitución del capital del Banco Español de San Fernando. Alude a este acuerdo la STS de 17 de junio de 1912: “*Considerando que ni por el convenio de 9 de julio de 1829 celebrado para transigir sobre los créditos que contra el Erario público tenía el Banco de San Carlos, causa y origen del de San Fernando, ni por las leyes orgánicas, estatutos y reglamentos sucesivos, ni por las disposiciones de la legislación mercantil y del Derecho Común cabe atribuir a los cuatro residuos discutidos la calificación jurídica de depósito: (...) Porque al dar nueva vida y forma al de San Fernando, el cual después de diversas vicisitudes tomó más tarde el nombre de Banco de España, solamente se convino que la cantidad objeto de la transacción entonces realizada, se invirtiese en acciones con el propósito de que los interesados participasen de las ventajas que habían de producir*” (Gaceta de 18 de junio de 1913, página 496).

<sup>649</sup> A diferencia del Banco de San Carlos, que quedó plenamente extinguido, existe entre Banco de San Fernando y el Banco de España, a pesar de las vicisitudes y cambios de

Nacional de San Carlos<sup>650</sup>, se tratará de una sociedad mercantil, de capital privado, aunque con marcados elementos iuspublicistas.

Fusionado con el Banco de Isabel II mediante Real Decreto de 25 de febrero de 1847, la institución recibirá la denominación de Banco de España en 1856<sup>651</sup>, no obstante lo cual, convivirá con otros bancos de emisión hasta la concesión del monopolio en 1874<sup>652</sup>. A estas funciones sumará la inspección de la banca privada

---

denominación, una plena continuidad jurídica, como destaca el artículo 1 de los Estatutos aprobados por Real Decreto de 18 de julio de 1922: *"El Banco de España, existente con diferentes títulos desde 1829, e instituido como único nacional de emisión..."*.

<sup>650</sup> Al igual que en éste, las perpetuas dificultades de la Hacienda Pública incidieron notablemente en la actividad de la nueva institución: *"El Banco de San Fernando llevó siempre una política restrictiva de su actividad para no caer en los mismos defectos del Banco de San Carlos. Su supervivencia fue su principal objetivo. En la Junta General de Accionistas celebrada en 1833, se aludía a que la primera obligación de una institución de este tipo era mantener y dar estimación a sus propios efectos. Sus relaciones con el Gobierno, sin embargo, se fueron incrementando paulatinamente. Le prestó un apoyo importante como mediador en la colocación de la deuda pública emitida para financiar la guerra. Cuando el Estado no pudo devolver los créditos, encomendó al Banco el cobro de las contribuciones para el año fiscal 1836-37 y en 1838 se firmó un convenio de financiación que abrió una nueva etapa de relaciones entre el Banco y el Estado"*. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo I, página 928.

<sup>651</sup> *"El Banco Español de San Fernando tomará en lo sucesivo el nombre de Banco de España. Su duración será la de veinticinco años, a contar desde la publicación de la presente ley"* (artículo 1 de la Ley de 28 de enero de 1856).

<sup>652</sup> En el momento de la concesión del monopolio, los bancos de emisión existentes en plazas distintas de Madrid debieron optar por integrarse como sucursales del Banco de España o convertirse en bancos comerciales.



a partir de su nacionalización (Decreto-Ley 181/1962, de 7 de junio)<sup>653</sup> y en 1994 adquirirá autonomía respecto del Gobierno (Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, en adelante LBE).

### 7.3.2. Naturaleza

De conformidad con el artículo 1.1 LBE, *“el Banco de España es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada”*. Orgánicamente, el Banco de España se configura como *“un ente de la Administración del Estado de naturaleza especial que, subordinado al Gobierno en términos generales, gozará empero de plena autonomía en el ámbito de la política monetaria”* (Preámbulo LBE), inserción orgánica que confirma el Tribunal Constitucional: *“el Banco de España forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de*

---

En principio la concesión del monopolio fue temporal, por lo que el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, al regular los “bancos de emisión y descuento”, dispuso en su artículo 179 que *“los bancos podrán emitir billetes al portador, pero su admisión en las transacciones no será forzosa. Esta libertad de emitir billetes al portador continuará, sin embargo, en suspenso mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta por Leyes especiales el Banco Nacional de España”*.

<sup>653</sup> Ciertamente, ya con anterioridad, la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921 había conferido la inspección de la Banca inscrita al Banco de España (base cuarta del artículo 2º). Sin embargo, la supresión en 1938 de la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada supuso que las facultades de inspección fueran asumidas por la Dirección General de Banca y Bolsa (Ley de 23 de septiembre de 1939), anómala situación que se mantuvo hasta que la base 2ª de la Ley de 14 de abril de 1962 atribuyó definitivamente al Banco de España *“la inspección de la banca privada”*.

*crédito y ahorro, para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora*” (STC 135/1992, de 5 de octubre).

La inclusión del Banco de España en la estructura de la Administración del Estado se verifica, no obstante, con ciertas peculiaridades que le individualizan respecto de otros órganos estatales:

a) El Banco de España forma parte del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC)<sup>654</sup>.

Como consecuencia de ello, *“en el ejercicio de las funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC, el Banco de España se ajustará a las orientaciones e instrucciones emanadas del Banco Central Europeo (en adelante, BCE) en virtud de dichas disposiciones”* (artículo 1.3 LBE). No obstante, debe subrayarse que la inserción orgánica y funcional del Banco de España en la estructura del SEBC, y su consiguiente sujeción a las orientaciones e instrucciones del BCE, se produce únicamente en su condición de banco central, no de supervisor financiero, aspecto este último en el que ni el BCE ni el SEBC tienen atribuidas competencias por los Tratados.<sup>655</sup>

---

<sup>654</sup> El artículo 129 TFUE (antiguo artículo 107 TCE) establece que *“el SEBC (Sistema Europeo de Bancos Centrales) estará compuesto por el BCE (Banco Central Europeo) y los bancos centrales de los Estados miembros”*. Para el caso de España, dispone el artículo 1.3. LBE (en redacción dada por la Ley 12/1998, de 28 de abril) que *“El Banco de España es parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, SEBC) y estará sometido a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, Tratado) y a los Estatutos del SEBC.”*

<sup>655</sup> Conforme al artículo 127.2 TFUE (antiguo 105.5 TCE), el SEBC se limitará a contribuir a la buena gestión de las políticas que lleven a cabo las autoridades competentes con respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y a la estabilidad del

b) El Banco de España actúa con autonomía<sup>656</sup> con respecto al Gobierno.

Este principio de autonomía se manifiesta tanto orgánicamente como funcionalmente. Desde la primera perspectiva, supone rodear a los órganos rectores de la institución de garantías de estabilidad frente a eventuales presiones<sup>657</sup> (en particular, el nombramiento del Gobernador y del Subgobernador

---

sistema financiero, si bien *“el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, previa consulta al BCE y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá encomendar al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros”* (artículo 127.6 TFUE, antiguo artículo 105.6 TCE).

<sup>656</sup> *“El concepto de autonomía alude desde sus orígenes en la Europa bajomedieval a un poder funcional y limitado, que se reconoce por otro superior a él para el mejor servicio de las funciones y fines propios de la institución de la que tal poder se predica, funciones y fines que, de este modo, constituyen al mismo tiempo el fundamento y límite del poder en cuestión”*. Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid, 1995, Tomo I, página 720.

<sup>657</sup> *“Three main components of good regulatory governance in the financial sector are considered as prerequisites to regulatory /supervisory agencies’ (RSA) successful regulation/supervision of financial institutions or activities: independence, accountability and transparency. Independence of the RSA refers to the degree to which they are insulated from, and hence able to resist, inappropriate interference both from the political sphere and from supervised entities (financial services industry) in order to take decisions belonging to their sphere of competence without undue outside meddling. Such independence constitute a key element in achieving and maintaining the objective of financial sector stability”*. Arnone, Marco, Darbar, Salim, y Gambini Alessandro, *Banking Supervision: Quality and*

por un periodo de seis años, sin posible renovación para el mismo cargo, y su cese únicamente por causas tasadas y no discrecionales<sup>658</sup>, artículo 25 LABE). Desde el punto de vista funcional, sin embargo, debe matizarse que el principio de autonomía no opera con idéntica intensidad respecto de todas las funciones ejercitadas por el Banco de España:

---

*Governance*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2007, página 5.

<sup>658</sup> Artículo 25.4 LABE: “El Gobernador, el Subgobernador y los Consejeros no natos cesarán por las causas siguientes:

a) *Expiración de su mandato.*

b) *Renuncia, que surtirá efectos por la mera notificación al Gobierno o, en cuanto a la condición de miembro de la Comisión Ejecutiva, por la comunicación al Consejo de Gobierno.*

c) *Haber alcanzado los setenta años de edad.*

d) *Separación acordada por el Gobierno, por incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incumplimiento grave de sus obligaciones, incompatibilidad sobrevenida o procesamiento por delito doloso. A estos efectos, el auto de apertura del juicio oral en el procedimiento a que se refiere el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se asimilará al auto de procesamiento. Salvo en el caso de procesamiento por delito doloso, el acuerdo de separación deberá adoptarse a propuesta del Consejo de Gobierno del Banco, previa audiencia del interesado.”*

El Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores esta sujeto a un régimen similar de conformidad con la LMV. Por el contrario, el Director General del Tesoro y Política Financiera, como alto cargo de la Administración del Estado, es nombrado y cesado discrecionalmente por el Gobierno mediante Real Decreto.

(1) La autonomía del Banco de España, en cuanto miembro del SEBC, se despliega plenamente en el ámbito de la política monetaria<sup>659</sup>. Esta autonomía deriva de los compromisos asumidos por el Estado español en el marco de la Unión Económica y Monetaria (UEM), conforme a los cuales la definición y ejecución de la política monetaria de la Comunidad es “función básica” del SEBC (artículo 127.2 TFUE, antiguo artículo 105.2. TCE) con el “objetivo principal” de mantener la estabilidad de precios<sup>660</sup> (artículo 127.1 TFUE, antiguo artículo 105.1. TCE). Si desde el punto de vista positivo este principio se traduce en una definición y ejecución independientes de la política monetaria, desde el punto de vista negativo supone que *“en el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan el presente Tratado y los Estatutos del SEBC, ni el BCE, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán*

---

<sup>659</sup> *“El control monetario es el componente básico de la política monetaria y consiste en afectar la actividad económica y los precios a través de la regulación de algunos agregados monetarios o crediticios. (...) Pueden considerarse objetivos últimos de la política monetaria: influir sobre el nivel de actividad económica y controlar la tasa de inflación. En cuanto a su efectividad, está aceptado con generalidad que la política monetaria es efectiva a corto plazo respecto al primer objetivo, aunque es más fácil frenar que impulsar la actividad económica, y es incierta, si no neutral, en el largo plazo. Respecto al segundo objetivo, los efectos son inciertos a corto plazo, aunque efectivos en el medio y largo”.* Trujillo del Valle, José, y Cuervo-Arango, Carlos, *El sistema financiero español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, páginas 207 y 208.

<sup>660</sup> *“En la medida, pues, en que el reconocimiento de una cierta autonomía al banco central constituye una garantía de la estabilidad económica que la Constitución procura, ese reconocimiento y la consiguiente neutralización política de la institución es congruente con la Norma Fundamental y resulta, incluso, una consecuencia obligada de la misma”.* Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid, 1995, Tomo I, página 732.

*solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones y organismos comunitarios, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones y organismos comunitarios, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del BCE y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones” (artículo 130 TFUE, antiguo artículo 108 TCE, concordante con el artículo 7.4 LBE).*

Como cautelas adicionales orientadas a garantizar el carácter autónomo de la política monetaria se establecen las siguientes medidas: (a) Se atribuye al BCE el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en la Comunidad. Los billetes emitidos por el BCE y los bancos centrales nacionales serán los únicos billetes de curso legal en la Comunidad<sup>661</sup> (artículo 128 TFUE, antiguo artículo 106.1 TCE). En consecuencia, el nivel de circulación fiduciaria será determinado de forma exclusiva por el BCE, atendiendo únicamente a consideraciones de política monetaria (el volumen de emisión de moneda metálica, no obstante su reducida relevancia en el total de la circulación fiduciaria, queda asimismo sometido a la aprobación del BCE, artículo 128 TFUE, antiguo artículo 106 TCE). (b) Se prohíbe a los bancos centrales la financiación de los déficit públicos (el denominado tradicionalmente “recurso al banco central”): *“Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo bancos centrales nacionales, en favor de instituciones u organismos comunitarios, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos*

---

<sup>661</sup> Naturalmente, las referencias del Tratado a la “Comunidad” deben entenderse limitadas a los Estados Miembros que han accedido a la tercera fase de la UEM (que, dicho sea de paso, constituyen una minoría entre los 27 Estados de la Unión).

de deuda por el BCE o los bancos centrales nacionales” (artículo 123 TFUE, antiguo artículo 101.1 TCE).<sup>662</sup> Esta disposición, que se orienta a evitar que las decisiones sobre la liquidez del sistema vengan determinadas por las necesidades de financiación del sector público y no por un diagnóstico técnico de las perspectivas inflacionistas, conlleva, en consecuencia, la prohibición a los bancos centrales tanto de la concesión directa de crédito a las administraciones públicas<sup>663</sup> (incluida la autorización de descubiertos en la cuenta del Tesoro en el banco central) como de la suscripción directa de deuda pública, esto es, su compra al emisor soberano: por el contrario, queda autorizada la adquisición de títulos de deuda pública en los mercados, en cuanto constituye el principal instrumento de política monetaria<sup>664</sup> (operaciones de mercado abierto)<sup>665</sup>.

---

<sup>662</sup> No obstante, esta disposición no afectará “a las entidades de crédito públicas, que, en el marco de la provisión de reservas por los bancos centrales, deberán recibir por parte de los bancos centrales nacionales y del BCE el mismo trato que las entidades de crédito privadas” (artículo 123.2 TFUE, antiguo artículo 101.2 TCE).

<sup>663</sup> Históricamente, han sido muy intensas las relaciones entre la Hacienda y el Banco de España, encontrándose aquélla en una casi perpetua posición deudora respecto de éste. Aunque ya la Ley de 13 de mayo de 1902 respondía, según su Preámbulo, “al pensamiento de desligar prudente y paulatinamente del Tesoro público al Banco de España”, este anhelo sólo ha podido obtenerse recientemente.

<sup>664</sup> La LBE regula la instrumentación de política monetaria en su artículo 9: “1. Con el fin de alcanzar los objetivos del SEBC y llevar a cabo sus funciones, el Banco de España podrá realizar todo tipo de operaciones financieras, de conformidad con los principios generales e instrumentos establecidos por el BCE, y, en particular, las siguientes: a) Operar en los mercados financieros comprando y vendiendo al contado y a plazo o con pacto de recompra; prestar o tomar prestado valores y otros instrumentos financieros denominados en cualquier moneda o unidad de cuenta, así como metales preciosos. b) Realizar operaciones de crédito con entidades de crédito y demás participantes en el mercado, basando las mismas en garantías adecuadas. 2. Podrán mantenerse en el Banco de

(2) En las restantes funciones ejercitadas por el Banco de España, no relacionadas con la ejecución de la política monetaria, su autonomía no es absoluta<sup>666</sup>, estando sujeta, en última instancia, al superior poder de dirección del Gobierno (artículo 97 CE). La competencia del Banco de España deriva aquí, no de normas de Derecho originario europeo, sino de una expresa atribución legal fundada en el carácter especializado de las competencias financieras: *“la especialización técnica del*

---

*España los fondos inmovilizados derivados del establecimiento de reservas mínimas impuestas en virtud de disposiciones dictadas conforme a los Estatutos del BCE.”*

<sup>665</sup> *“Open market operations are the Federal Reserve’s principal tool for implementing monetary policy. These purchases and sales of U.S. Treasury and federal agency securities largely determine the federal funds rate –the interest rate at which depository institutions lend balances at the Federal Reserve to other depository institutions overnight. The federal funds rate, in turn, affects monetary and financial conditions, which ultimately influence employment, output, and the overall level of prices”.* Edwards, Cheryl, *Open Market Operations in the 1990’s*, Federal Reserve Bulletin, Washington.

<sup>666</sup> *“Compared with the case for central bank independence, which has won a broad following in both academic and policy circles (...), the case for RSA (regulatory and supervisory agencies) independence remains more controversial. Policymakers have remained more reluctant to grant independence to regulators, despite strong arguments developed in its favor. Several reasons have been brought forward to explain this hesitation. They range from Stigler’s regulatory capture theory (without political oversight, regulators will succumb to the industry’s interests), over theories of political self-interest, stating that politicians try to keep control over those activities (as opposed to delegating) that can generate rents, or have redistributive effects (Alesina and Tabellini, 2004), to genuine concerns that independence for RSAs is a delegation of authority too far”.* Quintyn, Marc, Ramírez, Silvia, y Taylor, Michael, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2007, página 34.



*Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege” (STC 135/1992, de 5 de octubre). Consiguientemente, al tratarse de competencias de configuración legal, la norma atributiva ha reservado al Ministro de Economía y Hacienda ciertas competencias de control respecto de la actuación del Banco de España (en particular, la resolución de los recursos de alzada interpuestos contra los actos administrativos dictados por éste, artículo 2.3 LABE).*

c) El Banco de España está sujeto a un régimen jurídico mixto.

El Banco de España quedará sometido al ordenamiento jurídico privado, salvo cuando actúe en el ejercicio de potestades administrativas (artículo 1.2 LABE). Consecuentemente, el Banco de España no estará sometido a la LOFAGE (artículo 1.2 LABE) ni a las leyes que regulan el régimen presupuestario<sup>667</sup>, patrimonial y de

---

<sup>667</sup> Artículo 4 LABE: “No serán de aplicación al Banco de España las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario.

*2. La propuesta de presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco de España, una vez aprobada por su Consejo de Gobierno, según el artículo 21.1.g), será remitida al Gobierno, que la trasladará a las Cortes Generales para su aprobación. El presupuesto del Banco de España tendrá carácter estimativo y no será objeto de consolidación con los restantes presupuestos del sector público estatal.*

*Corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, aprobar el balance y cuentas del ejercicio del Banco, que serán remitidos a las Cortes Generales para su conocimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales, el Banco de España quedará sujeto a la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. En el informe que acompañe al balance y cuentas del ejercicio se desglosarán, atendiendo a su naturaleza, las distintas operaciones*

contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario (artículo 4.1 LABE). El personal del Banco de España no está vinculado por una relación funcionarial o estatutaria sino laboral (artículo 6 bis LABE).

---

*o rúbricas del balance del Banco. En especial, se detallarán las aportaciones efectuadas por el Banco a Fondos de Garantía de Depósitos, así como los préstamos u otras operaciones en favor de cualesquiera otras entidades o personas que no se hubieran concertado en condiciones de mercado o que, de cualquier otra forma, entrañen lucro cesante o quebranto para el Banco, estimándose expresamente en tales casos el importe de los eventuales lucros cesantes o quebrantos.”*

Señala Tomás-Ramón Fernández que *“la autonomía presupuestaria del Banco no es tampoco fruto de un capricho del legislador, susceptible de desaparecer a resultas de un cambio de criterio de éste, sino una consecuencia necesaria e ineludible vinculada al concepto mismo de Banco central, es decir, de autoridad pública reguladora de los flujos monetarios en y desde su condición de Banco, que ha de operar como tal en el mercado interior y exterior para cumplir las funciones que como tal autoridad pública se le asignan. El sometimiento de su presupuesto a los trámites comunes de la Ley General Presupuestaria implicaría, sencillamente, un cambio de modelo, pues la regulación de los flujos monetarios vendría ya hecha, en ese caso, a través de su presupuesto, por la propia autoridad que aprobara éste, lo que reduciría el Banco al papel de una Caja especial, mero registro contable de los resultados de esa regulación realizada fuera de él. Por esa razón, la autonomía presupuestaria se reconoce en el Derecho Comparado a todos los Bancos centrales, sea cual sea el grado de autonomía funcional que les atribuyan sus leyes respectivas. (...) Cuestión distinta a ésta, sin embargo, es la de la rendición de cuentas y el sometimiento de éstas, una vez censuradas, a la aprobación del Gobierno y, por supuesto, al control ulterior del Tribunal de Cuentas”*. Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid, 1995, Tomo I, página 736.

Por el contrario quedan sometidos al derecho administrativo los actos en los que el Banco de España ejerza competencias supervisoras (párrafo segundo del artículo 1.2 LABE en relación con el artículo 7.6 LABE), sancionadoras (artículo 19 LDIEC) o normativas (aunque la LABE establece expresamente que a la elaboración de las circulares no les será de aplicación el procedimiento establecido en el artículo 24 LG, las disposiciones dictadas serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, artículo 3.1 LABE). Asimismo, el Banco de España está sometido a la fiscalización del Tribunal de Cuentas (artículo 4.2 LABE), goza del mismo régimen tributario que el Estado (artículo 5 LABE) y sus bienes, cuando se encuentren materialmente afectos al ejercicio de funciones públicas o al desenvolvimiento de potestades administrativas, son inembargables (disposición adicional séptima LABE).

En definitiva, el Banco de España se inserta en la Administración Institucional del Estado con acusadas peculiaridades, no siendo reconducible a ninguna de las categorías ordinarias<sup>668</sup>. Se trata, antes bien, de uno de los más claros supuestos<sup>669</sup>

---

<sup>668</sup> La disposición adicional octava de la LOFAGE prevé expresamente que el Banco de España se registrará por su legislación específica.

<sup>669</sup> *"Por voluntad propia o por imposición comunitaria, todos los Estados de la Unión han asumido esta directriz organizativa y han separado de los cuerpos centralizados de sus Administraciones Públicas una serie de organismos, calificados de independientes, que se ocupan ahora de la regulación de los sectores económicos liberalizados, contando para ello con amplios poderes normativos, ejecutivos y de arbitraje y resolución de las controversias. En nuestro ámbito territorial, de esta clase son la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España, la Comisión Nacional de la Energía (sustituta de la Comisión del Sistema Eléctrico, que ya estaba inspirada en estos mismos principios), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre las más importantes."* Muñoz Machado, Santiago, *Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las*

de lo que ha venido en denominarse “autoridades independientes”<sup>670</sup>, “administraciones neutralizadas”<sup>671</sup> o, más recientemente, “agencias

---

*regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías*, Revista de Administración Pública, Madrid, número 153, septiembre-diciembre de 2000, página 198. El artículo sostiene la importante tesis de que “*la asignación de competencias a las entidades reguladoras no está teniendo habitualmente en cuenta la complejidad y la minuciosidad del reparto recompetencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas concluido por la Constitución y los Estatutos*” (página 199).

La más reciente de estas “agencias reguladoras” es la denominada Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), que da cumplimiento a la exigencia comunitaria de separación entre gestión y regulación e independencia del regulador frente a los gestores de los servicios, y en especial aquellos controlados por el Estado. Véase, Montero Pascual, Juan José, *La Comisión Nacional del Sector Postal: una nueva administración independiente reguladora*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 176, Madrid, Mayo/Agosto 2008.

<sup>670</sup> “*La Administración a través de agencias reguladoras o autoridades independientes se desarrolló en Estados Unidos en los años finales del siglo XIX. Se utilizaron preferentemente para atender la supervisión de sectores económicos especialmente relevantes para los poderes públicos. Y empezaron a caracterizarse, en comparación con las fórmulas de gestión ordinaria de la Administración federal y estatal, por estar dirigidas por personas nombradas para períodos temporales predeterminados, dotadas de un cierto status de independencia y separación del ejecutivo; además se empezaron a acumular en dichas entidades no solamente funciones de carácter ejecutivo, sino también de reglamentación de los sectores cuya supervisión se les encomendaba, así como la resolución de los conflictos generados entre operadores. De modo que paulatinamente se consolidó en ellas un status de independencia y el ejercicio acumulado de funciones de carácter normativo, ejecutivo y cuasi judicial, conjunción que era impensable en el caso de cualquier otro órgano administrativo clásico*”. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo II, página 994.

reguladoras”<sup>672</sup>. Sin embargo, a pesar de la relevancia de las funciones que tiene atribuidas, no parece posible calificar al Banco de España como “órgano constitucional”.<sup>673</sup>

---

En cuanto a la recepción del concepto en Europa, se ha señalado que *“la idea (de las autoridades administrativas independientes), aunque de reciente plasmación entre nosotros, tiene ya una cierta antigüedad, especialmente en Alemania y, en concreto, en la obra de C. SCHMITT que vio en ella un contrapeso al Estado de partidos, como ha destacado SALA ARQUER, y en Alemania también encuentra su modelo más prestigioso, a raíz de la regulación en 1957 del Bundesbank, modelo confesado del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales diseñado por la Unión Monetaria y Económica, a la que ya se ha acomodado nuestro propio Banco central con la Ley de Autonomía de 1 de junio de 1994 (...)”*. García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, Tomo I, página 433.

<sup>671</sup> *“(...) la neutralización política, esto es, el apartamiento de la lucha partidista propia del Estado de partidos de una o varias piezas de la compleja maquinaria estatal (y los Bancos centrales son una de ellas, pero no la única), no sólo no está en pugna con la Constitución, sino que es plenamente congruente con ella, siempre que respete determinados límites y cumpla ciertas condiciones”*. Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid, 1995, Tomo I, página 727.

<sup>672</sup> *“En España, la atribución al Banco de España de un estatuto de autoridad independiente fue el punto de partida para la utilización de la técnica de las agencias reguladoras, enseguida extendida a otras entidades a las que se encomendó la protección de derechos sensibles por razón de la informática y las nuevas tecnologías, o bien la regulación de sectores específicos del mercado, o el aseguramiento de la competencia. De este impulso resultó la Agencia de Protección de Datos, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de Valores o el fortalecimiento de la independencia de la Comisión de Defensa de la Competencia.”* Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 18.

### 7.3.3. Organización

Son órganos rectores del Banco de España el Gobernador, el Subgobernador, el Consejo de Gobierno y la Comisión Ejecutiva (artículo 17 LABE).

---

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2009 (caso Gescartera) califica expresamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como “órgano de regulación”, calificación que resulta aún más pertinente en el caso del Banco de España.

<sup>673</sup> En contra: *“Si atendemos a las peculiaridades de su régimen jurídico, a la importancia de las funciones que desempeña, que suponen una participación directa en la dirección política del Estado y convenimos que la Constitución de una nación no se agota en el texto escrito que recibe tal nombre, debemos concluir calificando al Banco de España como un órgano constitucional en sentido impropio”*. Pomed Sánchez, Luis Alberto, *Régimen jurídico del Banco de España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, página 163. A pesar de el autor matiza que la calificación sólo cabe ‘en sentido impropio’, no deja de ser chocante que se califique de ‘órgano constitucional’ a una institución que la Constitución ni siquiera menciona.

El Gobernador, que dirige y representa legalmente al Banco de España<sup>674</sup>, será nombrado por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno, entre quienes sean españoles y tengan reconocida competencia en asuntos monetarios o bancarios. Con carácter previo al nombramiento del Gobernador, el Ministro de Economía y Hacienda comparecerá en los términos previstos en el artículo 203 del Reglamento del Congreso de los Diputados ante la Comisión competente, para informar sobre el candidato propuesto (artículo 24.1 LBE).

El Subgobernador<sup>675</sup> será designado por el Gobierno, a propuesta del Gobernador, y deberá reunir sus mismas condiciones (artículo 24.2 LBE).

En cuanto a los órganos rectores de naturaleza colegiada, el Consejo de Gobierno<sup>676</sup> estará integrado por el Gobernador, el Subgobernador, dos consejeros

---

<sup>674</sup> Artículo 18 LBE: *“Corresponderá al Gobernador del Banco de España:*

- a) Dirigir el Banco y presidir el Consejo de Gobierno y la Comisión Ejecutiva.*
- b) Ostentar la representación legal del Banco a todos los efectos y, en especial, ante los Tribunales de Justicia, así como autorizar los contratos y documentos y realizar las demás actividades que resulten precisas para el desempeño de las funciones encomendadas al Banco de España.*
- c) Representar al Banco de España en las instituciones y organismos internacionales en los que esté prevista su participación.*
- d) Ostentar la condición de miembro del Consejo de Gobierno y del Consejo General del Banco Central Europeo.”*

<sup>675</sup> Artículo 19 LBE: *“El Subgobernador suplirá al Gobernador en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, en cuanto al ejercicio de sus atribuciones de dirección superior y representación del Banco. Tendrá, además, las atribuciones que se fijen en el Reglamento interno del Banco de España, así como las que le delegue el Gobernador.”*

---

<sup>676</sup> Sus competencias se encuentran en el artículo 21.1 LBE: "Corresponderá al Consejo de Gobierno:

a) Aprobar las directrices generales de actuación del Banco para el cumplimiento de las funciones encomendadas al mismo.

b) Debatir las cuestiones relativas a la política monetaria y supervisar la contribución del Banco a la instrumentación de la política monetaria del SEBC llevada a cabo por la Comisión Ejecutiva, todo ello con respecto a las orientaciones e instrucciones del BCE y a la independencia y obligación de secreto del Gobernador como miembro de los órganos de gobierno del BCE.

c) Aprobar, a propuesta de la Comisión ejecutiva, el informe anual del Banco y, en su caso, los demás informes que deba el Banco de España elevar a las Cortes Generales, al Gobierno o al Ministro de Economía y Hacienda.

d) Aprobar las "Circulares monetarias" y las "Circulares" del Banco.

e) Elevar al Gobierno las propuestas de separación a que se refiere la letra d) del número 4 del artículo 25.

En la adopción de tales decisiones carecerá de voto el miembro del Consejo al que se refiera la propuesta de separación.

f) Aprobar el Reglamento interno del Banco, a propuesta de la Comisión Ejecutiva.

g) Aprobar la propuesta de presupuestos del Banco, así como formular sus cuentas anuales y la propuesta de distribución de beneficios.

h) Aprobar las directrices de la política de personal y ratificar el nombramiento de los directores generales.

i) Imponer las sanciones cuya adopción sea competencia del Banco de España.

j) Aprobar las propuestas de sanción que el Banco de España deba elevar al Ministro de Economía y Hacienda.

k) Resolver los recursos o reclamaciones interpuestos contra las resoluciones del Banco de España, cuando su conocimiento corresponda a éste.

l) Adoptar cualesquiera otros acuerdos precisos para el desempeño de las funciones encomendadas al Banco de España por la presente Ley que no sean competencia



atos (el Director General del Tesoro y Política Financiera y el Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) y seis consejeros electivos<sup>677</sup> (artículo 20.1 LABE). Por su parte, como órgano subordinado<sup>678</sup> al Consejo de Gobierno, se establece la Comisión Ejecutiva<sup>679</sup>, que estará formada por el Gobernador, el

---

*exclusiva de la Comisión Ejecutiva, pudiendo delegar en el Gobernador, en el Subgobernador o en la Comisión Ejecutiva las atribuciones y cometidos que considere oportunos. Expresamente, establecerá los casos en que sea posible la subdelegación.”*

<sup>677</sup> Los seis consejeros electivos serán designados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, oído el Gobernador del Banco de España. Deberán ser españoles, con reconocida competencia en el campo de la economía o el derecho (artículo 24.3 LABE).

<sup>678</sup> La Comisión Ejecutiva ejercerá sus funciones “con sujeción a las directrices del Consejo de Gobierno” (artículo 23.1. LABE).

<sup>679</sup> De conformidad con el artículo 23.1 LABE son funciones de la Comisión Ejecutiva las siguientes:

*“a) Contribuir a la instrumentación de la política monetaria desarrollada por el SEBC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1.b).*

*b) Resolver sobre las autorizaciones administrativas que deba conceder el Banco de España.*

*c) Organizar el Banco y efectuar el nombramiento de directores generales y del personal, fijando sus retribuciones de acuerdo con lo que al respecto disponga el Reglamento interno del Banco y con las directrices generales aprobadas por el Consejo de Gobierno. Este órgano deberá ratificar, en todo caso, el nombramiento de los directores generales.*

*d) Someter al Consejo de Gobierno las propuestas cuya resolución o aprobación competan a éste.*

*e) Desempeñar los cometidos que le hubiera delegado expresamente el Consejo de Gobierno.*

Subgobernador y dos consejeros (artículo 22.1 LABE), designados éstos por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Gobernador, de entre sus miembros no natos (24.4 LABE).

#### 7.3.4. Funciones

Las competencias que la legislación atribuye al Banco de España pueden reconducirse, sistemáticamente, a las siguientes categorías.<sup>680</sup>

##### (1) Funciones como banco central.

---

*f) Formular a las entidades de crédito las recomendaciones y requerimientos precisos, así como acordar respecto a ellas y a sus órganos de administración y dirección la incoación de expedientes sancionadores y las medidas de intervención, de sustitución de sus administraciones, o cualesquiera otras medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico cuyo ejercicio se haya encomendado al Banco de España.*

*De las medidas cautelares que adopte la Comisión Ejecutiva en el ejercicio de esta competencia dará cuenta, a la mayor brevedad, al Consejo de Gobierno.*

*g) Administrar el Banco en la esfera del Derecho privado y disponer de sus bienes.*

*h) Acordar las demás operaciones o transacciones que deba realizar el Banco para el desempeño de sus funciones, delegando en las comisiones o personas que considere pertinentes.”*

<sup>680</sup> *Para una enumeración completa de las funciones del Banco de España, véase el Capítulo II (artículos 7 a 16) de la LABE.*

Estas competencias se encuentran casi en su totalidad transferidas<sup>681</sup> al SEBC en virtud de normas de derecho originario europeo (fundamentalmente, el TUE). Consiguientemente, respecto de las mismas (definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad, realizar operaciones de cambio de divisas, poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros, promover el buen funcionamiento del sistema de pagos, emitir los billetes de curso legal) el Banco de España se limitará a “participar en su desarrollo” (artículo 7.3. LABE), participación que se instrumenta esencialmente a través del Consejo de Gobierno del BCE, integrado por los miembros de su Comité Ejecutivo y los gobernadores de los bancos centrales nacionales.

(2) Funciones como supervisor financiero.<sup>682</sup>

Conforme a lo dispuesto en el artículo 7.6 LABE, *“el Banco de España deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de*

---

<sup>681</sup> *El Banco de España retiene algunas competencias residuales de banco central, como “poseer y gestionar las reservas de divisas y metales preciosos no transferidas al Banco Central Europeo” (artículo 7.5.a) LABE).*

<sup>682</sup> No obstante, debe matizarse que el Banco de España no es el único supervisor financiero pues también ha de calificarse como tales a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en sus respectivos ámbitos de actuación (asegurador y de valores). Junto a estos supervisores sectoriales, puede mencionarse asimismo al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias si bien con la peculiaridad de que sus funciones supervisoras se extienden, no a una categoría de entidades financieras, sino *ratione materiae*, al conjunto del sistema financiero (véase artículo 2.1 en relación con el artículo 3.7 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales).

*cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión*<sup>683</sup>. En sentido análogo, dispone el apartado primero del artículo 43 bis LDIEC que *“corresponderá al Banco de España el control e inspección de las entidades de crédito, extendiéndose esta competencia a cualquier oficina o centro dentro o fuera del territorio nacional y, en la medida en que el cumplimiento de las funciones encomendadas al Banco de España lo exija, a las sociedades que se integren en el grupo de la afectada”*.

La supervisión es una competencia compleja orientada a *“promover el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero”* (artículo 7.5.b) LABE)<sup>684</sup>.

---

<sup>683</sup> Como señala ARZOZ SANTISTEBAN, el papel de las Comunidades Autónomas en la ordenación y disciplina de las entidades de crédito constituye un problema de singular complejidad que no ha llegado a ser resuelto satisfactoriamente durante las pasadas tres décadas de existencia del Estado autonómico. Este autor ha examinado las facultades autonómicas de intervención en el sector del crédito de acuerdo con la legislación estatal y autonómica y la jurisprudencia constitucional, y en particular la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de mayo de 2007 que parece defender la idea de que las Comunidades Autónomas no ostentan en la materia competencia alguna, o sólo competencias funcionalmente residuales respecto a las estatales. Véase, Arzoz Santisteban, Xavier, Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito, Revista de Administración Pública, número 178, Madrid, Enero/Abril 2009.

<sup>684</sup> *“Principle 19. Supervisory approach: An effective banking supervisory system requires that supervisors develop and maintain a thorough understanding of the operations of individual banks and banking groups, and also of the banking system as a whole, focusing on safety and soundness, and the stability of the banking system”*. Core Principles for Effective Banking Supervision, Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Basilea, 2006.

Competencia compleja por cuanto incluye: (a) la llevanza de los registros oficiales de entidades<sup>685</sup>; (b) el control continuo de las entidades registradas<sup>686</sup>, a través de la remisión periódica de información<sup>687</sup>; (c) la potestad inspectora<sup>688</sup> in situ<sup>689</sup>; (d) la

---

<sup>685</sup> Artículo 1.3 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio: *“Los bancos, para ejercer sus actividades, obtenida la autorización y, tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, deberán quedar inscritos en el Registro Especial del Banco de España”*.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“la inscripción de las entidades de crédito en los registros del Banco de España es un complemento lógico e indispensable de la ordenación estatal del crédito, cuyo carácter básico en este punto no ofrece duda”* (STC 96/1996, de 30 de mayo).

<sup>686</sup> *“A key function of bank supervisors is to monitor banks. This requires them to gather timely and reliable information, which they do through regulatory reports and on-site examinations. Examinations are pivotal because they enable supervisors to confirm the accuracy of the information disclosed by banks and give them access to confidential information. In addition, they give supervisors an opportunity to enforce regulations in a timely manner”*. Pagès, Henri, y Santos, Joao, *Optimal supervisory policies and depositor-preference laws*, BIS Working Papers número 131, Bank for International Settlements, Basilea, 2003, página 1.

<sup>687</sup> *“Principle 21. Supervisory reporting: Supervisors must have a means of collecting, reviewing and analyzing prudential reports and statistical returns from banks on both a solo and a consolidated basis, and a means of independent verification of these reports, through either on-site examinations or use of external experts”*. Core Principles for Effective Banking Supervision, Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Basilea, 2006.

<sup>688</sup> No obstante, *“las competencias de información e inspección que corresponden al Banco de España no perjudican la potestad que ostentan las autoridades autonómicas para*

posibilidad de acordar medidas correctoras (formulación de recomendaciones, requerimientos y planes de saneamiento y, en los casos más graves, intervención de la entidad y sustitución de administradores) y (e) un régimen disciplinario y sancionador. Por el contrario, aunque en la práctica anglosajona es común incluir en la supervisión las facultades normativas relativas al ejercicio de la actividad crediticia<sup>690</sup>, estas cuestiones se regulan en nuestro sistema mediante disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, siendo la potestad del supervisor español de alcance limitado y derivado (en cuanto la adopción de

---

*controlar el cumplimiento de aquellas normas de ordenación del crédito cuya ejecución les corresponde*" (STC 96/1996, de 30 de mayo).

<sup>689</sup> El Comité de Basilea distingue entre supervisión presencial y no presencial: *"Principle 20. Supervisory techniques: An effective banking supervisory system should consist of on-site and off-site supervision and contacts with bank management."* Core Principles for Effective Banking Supervision, Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements, Basilea, 2006.

<sup>690</sup> *"Regulatory independence refers to the ability of the agency to have an appropriate degree of autonomy in setting prudential rules and regulations for the sectors under its supervision, within the confines of the law. Prudential regulations cover general rules on the stability of the business and its activities (legally required minimum amount of capital, and fit and proper requirements for senior management), as well as specific rules that follow from the special nature of financial intermediation (risk-based capital ratios, limits on off-balance sheet activities, definition of limits on exposure to a single borrower, limits on connected lending, foreign exposure limits, loan-classification rules, and loan-provisioning rules)."* Quintyn, Marc, Ramírez, Silvia, y Taylor, Michael, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2007, página 34.

circulares no monetarias por el Banco de España debe constreñirse al “desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto”, artículo 3.1 LABE).<sup>691</sup>

Respecto del alcance subjetivo de la supervisión, ésta alcanza, además de a las entidades de crédito, a las sociedades de garantía recíproca y de reafianzamiento (artículo 66 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo<sup>692</sup>), a los establecimientos de cambio

---

<sup>691</sup> “En relación con estas potestades normativas del Banco de España, el debate doctrinal se circunscribió inicialmente a determinar su compatibilidad con lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, que atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes, según nos consta. La posibilidad, a pesar de este precepto, de atribuir poderes normativos a otros órganos, tanto de la propia Administración del Estado como dotados de un estatuto de autonomía, fue rápidamente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esta misma interpretación del artículo 97 la aplicó la jurisprudencia a la atribución de potestades normativas del Banco de España y, después, a otras comisiones o autoridades independientes. (...) La jurisprudencia reconoce con carácter general que el fundamento de la atribución de dicha potestad es la especialización técnica del Banco de España, lo que le permite que contribuya con sus normas a la ordenación básica del crédito y la banca”. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, Tomo II, página 996.

<sup>692</sup> “1. De conformidad con lo dispuesto en esta Ley, será competencia del Banco de España el registro, control e inspección de las sociedades de garantía recíproca y de las sociedades de reafianzamiento.

2. Las resoluciones del Banco de España en el ejercicio de la competencia a que se refiere el apartado anterior serán recurribles ante el Ministro de Economía y Hacienda, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 114 a 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

de moneda (artículo 178 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre<sup>693</sup>), a las sociedades de tasación (disposición adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril<sup>694</sup>), y a las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras<sup>695</sup> (si bien, como hemos visto anteriormente, respecto de las sucursales de entidades

---

<sup>693</sup> “Uno. Las operaciones de cambio de moneda extranjera, cualquiera que sea su denominación, son libres, sin más límites que los establecidos en la legislación de control de cambios.

No obstante, la actividad profesional ejercida por personas físicas o jurídicas distintas de las entidades de crédito, descrita en el apartado siguiente, queda sujeta a autorización administrativa previa del Banco de España, a quien le corresponderá su supervisión y control.

Dos. Las personas físicas o jurídicas, distintas de las entidades de crédito, que tengan como actividad exclusiva o complementaria de su negocio la realización, en oficinas abiertas al público de operaciones de compra o venta de billetes extranjeros y cheques de viajeros o gestión de transferencias, recibidas del exterior o enviadas al exterior a través de entidades de crédito, deberán obtener la previa autorización del Banco de España para el ejercicio de la citada actividad e inscribirse en el ‘registro de establecimientos de cambio de moneda’ a cargo de dicha institución.”

<sup>694</sup> “A las sociedades de tasación y a las entidades de crédito que prestan servicios de tasación, así como a sus administradores y directivos, les serán aplicables las sanciones previstas en el capítulo III del Título I de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (...).”

<sup>695</sup> Artículo 40 LOB: “La disciplina bancaria que establecen las leyes españolas se aplicará asimismo a las oficinas bancarias extranjeras establecidas en territorio español”, si bien “en el caso de las sucursales de entidades de crédito de otros Estados miembros de la Comunidad Europea, dicha disciplina no alcanzará a aquellos aspectos de las normas de ordenación y disciplina que hayan sido objeto de armonización comunitaria en el marco de la supervisión prudencial de las entidades de crédito”.



domiciliadas en Estados comunitarios limitada al control de la liquidez y del cumplimiento de las normas de interés general<sup>696</sup>). Las competencias supervisoras del Banco de España se extienden, asimismo, al mercado hipotecario (artículo 43 bis LDIEC<sup>697</sup>), al mercado de deuda pública y a la actividad de las entidades de crédito en los mercados de valores (artículo 88 LMV<sup>698</sup>).

---

<sup>696</sup> Conforme al apartado segundo del artículo 43 bis LDIEC *“en el caso de las sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea, el Banco de España podrá inspeccionarlas:*

- a) En el ejercicio de sus propias competencias de control, en particular en lo que se refiere a la liquidez de la sucursal, la ejecución de la política monetaria y el adecuado funcionamiento del sistema de pagos.*
- b) Para colaborar con las autoridades supervisoras del Estado miembro donde la entidad esté autorizada, especialmente en la vigilancia de los riesgos que asuman por operaciones realizadas en los mercados financieros españoles.*
- c) Para controlar que la actividad de la sucursal se realiza de conformidad con las normas de interés general.”*

<sup>697</sup> Apartado 6 del artículo 43 bis LDIEC: *“Será también competencia del Banco de España, sin perjuicio de las atribuciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el control e inspección de la aplicación de la Ley 2/1981, sobre Regulación del Mercado Hipotecario.”*

<sup>698</sup> *“Sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley, el Banco de España ejercerá facultades de supervisión e inspección sobre los miembros del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, los titulares de cuenta a nombre propio y sobre las entidades gestoras, así como sobre las actividades relacionadas con el mercado de valores realizadas por entidades inscritas en los registros a su cargo a que se refiere el artículo 65..*

*En todos los casos de confluencia de competencias de supervisión e inspección entre la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, ambas instituciones coordinarán sus actuaciones bajo el principio de que la tutela de la solvencia de las entidades financieras afectadas recae sobre la institución que mantenga el correspondiente*

### (3) Funciones como agente financiero del Estado.

El Banco de España prestará por cuenta del Estado, y, en su caso, de las Comunidades Autónomas que así lo soliciten, los servicios de tesorería (artículo 13 LABE)<sup>699</sup> y de agente financiero de la Deuda Pública (artículo 14 LABE)<sup>700</sup>.

---

*registro y la del funcionamiento de los mercados de valores corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Al objeto de coordinar las respectivas competencias de supervisión e inspección, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España deberán suscribir convenios en los que se concreten sus correspondientes responsabilidades."*

Conforme al artículo 65 LMV, *"las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todas las actividades previstas en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello."*

<sup>699</sup> Artículo 13 LABE: *"1. En los términos que se convengan con el Tesoro y con las Comunidades Autónomas que así lo soliciten, el Banco de España podrá prestarles el servicio de tesorería, llevando y manteniendo las cuentas, en pesetas o en divisas, que sean necesarias, realizando por su cuenta ingresos y pagos y, en general, desarrollando cualquier otra actividad bancaria, tanto en el interior como en el exterior, con las excepciones mencionadas en el siguiente número de este artículo.*

*2. Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de crédito por el Banco de España al Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales o cualquiera de los organismos o entidades a los que se refiere el artículo 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, según redacción dada por el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Se exceptuarán de lo anterior:*

Asimismo, debe considerarse que el Banco de España actúa en condición de agente financiero del Estado, y no de banco central, al gestionar la moneda metálica (artículo 7.5.c) LABE), pues no obstante tratarse de circulación fiduciaria,

---

*a) Las entidades de crédito públicas, que podrán recibir del Banco de España liquidez en las mismas condiciones que las restantes entidades de crédito, así como, en su caso, los Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito.*

*b) La financiación por el Banco de España de obligaciones que incumban al Estado con respecto al Fondo Monetario Internacional, o que resulten de la aplicación del mecanismo de apoyo financiero a medio plazo de la Comunidad Europea.*

*En todo caso, el importe de la cuota de España en el Fondo Monetario Internacional, así como los pasivos del Banco de España frente a ese organismo quedarán recogidos en el balance del Banco de España, en función de su naturaleza, como activos o pasivos de éste frente al Fondo Monetario Internacional. El ejercicio de los derechos políticos de España en el citado organismo corresponderá al Gobierno.*

*3. En los términos que se convengan con el Tesoro y, en su caso, con las Comunidades Autónomas, el Banco de España remunerará los saldos líquidos que aquéllos mantengan en éste.”*

<sup>700</sup> Artículo 14 LABE: “1. En los términos que se convengan con el Tesoro y con las Comunidades Autónomas que así lo soliciten, el Banco de España prestará el servicio financiero de la Deuda Pública, contribuyendo con sus medios técnicos a facilitar los procedimientos de emisión, amortización y, en general, gestión de aquélla. En todo caso, se respetará la prohibición contenida en el artículo 13.2.

*2. El Banco de España no podrá adquirir directamente del emisor ninguna modalidad de Deuda Pública. Sólo podrá adquirirla en los mercados en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.*

*3. El Banco de España podrá: a) Ser titular de cuentas y entidad gestora del Mercado de Deuda Pública. b) Abrir, en los términos pactados con el emisor, cuentas de valores donde los suscriptores de deuda pública puedan mantenerla directamente anotada.”*

la potestad de emisión no ha sido transferida al SEBC (véase artículo 128.2 TFUE, antiguo artículo 106.2 TCE).

**(4) Funciones como órgano asesor y de estudio.**

El Banco de España podrá asesorar al Gobierno, realizar informes y estudios, elaborar y publicar estadísticas relacionadas con sus funciones y asistir al BCE en la recopilación de la información estadística necesaria para el cumplimiento de las funciones del SEBC (apartados e) y f) del artículo 7.5 LABE).

**7.4. El futuro de la Administración crediticia española**

**7.4.1. Introducción**

La estructura básica de los órganos administrativos responsables de la regulación y supervisión de las entidades de crédito españolas no ha sufrido cambios significativos<sup>701</sup> desde que se operara la transferencia al Banco de España en 1962 de las “funciones relativas a la disciplina e inspección de la banca privada” (artículo 2 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio), funciones que, con anterioridad, venían siendo desempeñadas por la Dirección General de Banca y Bolsa del Ministerio de Hacienda, y en 1971 de la competencia de supervisión de las cajas de ahorro y de las cooperativas de crédito.

Este hecho no puede calificarse sino como sorprendente, a la luz de las importantes mutaciones operadas desde entonces en el entorno (no exclusivamente financiero) español e internacional. Así, podemos mencionar:

---

<sup>701</sup> Téngase en cuenta que nos referimos aquí a la ordenación institucional, sin perjuicio de que las concretas potestades administrativas hayan sido objeto de profundización.

(1) La operativa de las instituciones crediticias y, más genéricamente, de los mercados financieros, ha experimentado cambios esenciales (desregulación, desintermediación, globalización, innovación e integración intersectorial pueden mencionarse como los más significativos). Estos cambios han operado en España con mayor intensidad que en otros Estados de nuestro entorno (los que podríamos denominar "países centrales") en la medida en que veníamos de una posición de relativo aislamiento de las finanzas mundiales, situación que ha sido revertida a través de un acelerado proceso de internacionalización e integración.

(2) La estructura e inserción institucional del Estado español ha variado radicalmente, tanto internamente (con el surgimiento de las Comunidades Autónomas, dotadas estatutariamente, en lo que ahora nos interesa, de amplias competencias financieras), como externamente (dada la integración en una organización de naturaleza supranacional, la Unión Europea, que aspira a crear un mercado único de servicios financieros).<sup>702</sup>

---

<sup>702</sup> "(...) no cabe pasar por alto que, en el marco de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, simultáneamente al proceso de redistribución interna del poder político y administrativo, se ha sobrepuesto otro proceso de signo contrario, fruto de la integración del Estado español en la ahora llamada Unión Europea. De este modo, la cesión de parte de ese poder a los órganos comunitarios ha determinado que la articulación de la pluralidad de ordenamientos aún se haya tomado más compleja, habiendo aflorado así en los últimos años una creciente preocupación por encontrar fórmulas eficaces que vertebran, siempre desde el reconocimiento constitucional de la autonomía de nacionalidades y regiones, al Estado en su conjunto y en sus relaciones con las instancias comunitarias." Fernández Farreres, Germán, *Aspectos problemáticos de la articulación de los ordenamientos jurídicos estatal, autonómicos y europeos*, Anuario Jurídico de La Rioja, número 2, 1996, página 77.

Vamos, en consecuencia, a examinar, en primer lugar, las principales mutaciones experimentadas por el sistema financiero global, para pasar posteriormente a revisar los modelos internacionales de supervisión (notablemente cambiantes en las últimas décadas, como respuesta y, en ocasiones, palanca de los cambios operados en el entorno financiero, a que antes hacíamos referencia), y finalmente a analizar la situación española y sus perspectivas de evolución futura.

#### 7.4.2. Las líneas de evolución del sistema financiero

El sector financiero (y con él, las entidades de crédito) ha sufrido reformas intensas en las últimas décadas, orientadas a incrementar tanto su eficacia (esto es, su aptitud para actuar como vehículo de transmisión del ahorro a la inversión) como su eficiencia (esto es, reducir los costes inherentes a tal labor de intermediación).

Como líneas de cambio más significativas podemos mencionar las siguientes:

a) Liberalización y desregulación. Este fenómeno responde a un impulso ideológico decididamente consciente, que doctrinalmente se manifestó en la Escuela de Chicago (con Milton Friedman como principal impulsor) y los teóricos de la Elección Pública y políticamente en la ola de “neoconservadurismo” liderada por Ronald Reagan en los Estados Unidos<sup>703</sup> y por Margaret Thatcher en el Reino

---

<sup>703</sup> *“For nearly thirty years, the right had dominated political debate on the strength of the simple argument that government was the problem and free markets the solution. That ideology produced the deregulation of the banking system that began in earnest the year Ronald Reagan was elected to the presidency. Even after the savings-and-loan fiasco of the 1980s and '90s, the pro-market doctrine was potent enough to produce the repeal in 1999 of the sixty-six-year-old Glass-Steagall Act, which tore down barriers between investment and commercial banking activities. And a dogged belief in free markets sustained the adamant passivity of the libertarian Federal Reserve chairman Alan Greenspan, the Wall Street alumnus Robert Rubin, and the Bush economic team in the face of clear dangers*

Unido. Este proceso se profundiza en la primera década del nuevo siglo, con George W. Bush en la Casa Blanca y Alan Greenspan en la Reserva Federal, y no resulta ajeno al mismo la Unión Europea, en la medida en que la “integración” financiera comunitaria se ha realizado en buena medida sobre los moldes liberalizadores del modelo anglosajón.<sup>704</sup>

Se trata, no obstante, de un fenómeno complejo que presenta facetas contradictorias.

---

*posed by unregulated financial derivatives, predatory lending practices, and overly leveraged institutions and consumers. In short, the forces that brought about this fall's crisis can be traced in large measure to a thirty-year project to minimize the government's role in the financial marketplace”.* Brown, Lawrence y Jacobs, Lawrence, *Paradox of Deregulation: Why Market Fundamentalism eventually leads to more Government, not less*, University of Chicago Press, página 151.

<sup>704</sup> “El mercado, la competencia, la liberalización económica, las privatizaciones y el repliegue del sector público, la llamada desregulación o, como telón de fondo, la reconsideración de la amplitud alcanzada por el conjunto de prestaciones públicas económicas y sociales, son todos ellos, entre otros más similares, fenómenos que han pasado en la última década a marcar el rumbo de las políticas públicas o, al menos, a estar en el centro del debate de hacia donde debe encaminarse el Estado social. (...) Estas circunstancias, sobre todo en lo que atañe singularmente a la actividad económica, se han generalizado en la práctica totalidad de los países desarrollados. De manera significativa, en el contexto en el que nos situamos, la Unión Europea se ha colocado a la cabeza del movimiento de reforma que está provocando trascendentales cambios.” Fernández Farreres, Germán, *Servicio Público y Mercado* (reseña de la obra homónima de Santiago Muñoz Machado), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 18, número 53, mayo-agosto de 1998, página 347.

Por un lado, significativos exponentes de esta tendencia liberalizadora no abogan por “menos regulación” sino por “mejor regulación”. Desde esta perspectiva, estiman que deberían sustituirse los mecanismos de “represión financiera” (barreras de entrada, limitaciones al crecimiento cuantitativo del crédito, autorizaciones administrativas para la creación u oferta de nuevos productos financieros, obligaciones de cumplimiento formal...), por un reforzamiento de los requisitos de capitalización y de los mecanismos de prevención, tanto a nivel interno de las entidades (mediante el establecimiento de procedimientos adecuados de gestión del riesgo), como de las instituciones supervisoras (que deberían centrarse, no en la verificación puramente formal de una serie de obligaciones de carácter abstracto establecidas genéricamente para todos los operadores, sino en la detección y anticipación de los riesgos sistémicos, de modo que se minoraran los costes sociales derivados de las, por otra parte inevitables, crisis financieras).<sup>705</sup>

Por otro lado, esta orientación liberalizadora chocaba, y choca, con la realidad de una regulación financiera creciente<sup>706</sup> (pues, los costes de cumplimiento de las

---

<sup>705</sup> *“This evolution meant putting aside structural controls in favour of prudential controls. The real watershed has been the international agreement on minimum capital requirements (Basle Agreement). Since then, the control of bank stability relies on instruments aiming at assuring a cushion of bank capital related to the risks taken by each institution. For the first time bank regulators were in the position of using specific instruments of prudential, ex ante supervision to control the riskiness of bank portfolios.”* Onado, M., “European Integration and Financial Regulation. Towards a European Authority”, Frankfurt, 2001. Citado por Cervellati, Enrico Maria, en *Financial Regulation and Supervision in EU Countries*, Universidad de Bolonia, Working Paper Series, mayo de 2003, página 6.

<sup>706</sup> Es interesante, a este respecto, que Muñoz Machado mencione las “políticas neoreguladoras”. Véase Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 21.



entidades supervisadas no han hecho sino incrementarse en las dos últimas décadas, situándose en la actualidad en torno al 1 por 100 de los costes operativos de los grandes bancos y conglomerados financieros<sup>707</sup>). Este fenómeno se acentuó como consecuencia de los escándalos contables acaecidos a principios de la década (caso Enron y otros) y no puede sino hacerse más intenso a la luz de la crisis financiera desatada a partir del verano de 2007.

Finalmente, la desregulación ha resultado claramente asimétrica, en el sentido de que se ha generado la coexistencia de un sector teóricamente bien regulado, supervisado y capitalizado (cuyo tipo lo constituyen las entidades de crédito), junto con una pléyade de “vehículos” sometidos a exigencias regulatorias menos intensas (o inexistentes en algunos casos)<sup>708</sup>. El apoyo teórico de esta dicotomía era claro: la regulación y la supervisión (como bienes públicos escasos) debían centrarse en aquellos sectores del negocio financiero más proclives a causar daños sociales (paradigmáticamente, la toma de fondos reembolsables del público minorista, al que debe presumirse menos informado). Por el contrario, la supervisión no sería imprescindible en aquellos modelos de negocio orientados a inversores mayoristas, profesionales o de alta renta, a los que cabe presumir mejor asesorados y para los que puede resultar interesante asumir mayores niveles de riesgo (este sería el caso de mecanismos como los “hedge funds” o fondos de alto riesgo<sup>709</sup> que durante la

---

<sup>707</sup> Report of the High-Level Group of Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière. Bruselas, 25 de febrero de 2009, página 74.

<sup>708</sup> Para referirse al conjunto de estas entidades financieras no reguladas se ha empleado la denominación “sector bancario en la sombra”.

<sup>709</sup> Quizá menos peyorativa es la denominación “fondos de inversión libre”, exacta en el sentido de que se trata de vehículos que no están sometidos en sus estrategias de inversión a más restricciones que las derivadas del apetito por el riesgo de sus partícipes: *“La creación de los hedge-funds responde al deseo de superar las limitaciones legales de los fondos de inversión (mutual funds). Los hedge-funds pueden plantear estrategias*

época de euforia financiera han venido obteniendo, en promedio, rentabilidades superiores a la media del mercado). Este esquema, teóricamente racional, ya fue puesto en duda por el rescate, orquestado por la Reserva Federal, del *Long-Term Capital Management* (LTCM) en 1998. Sin embargo, es a partir de la crisis desencadenada en el verano de 2007, cuando se ha puesto de manifiesto en toda su crudeza la transmisión de los riesgos desde estos instrumentos no supervisados hacia las entidades de crédito reguladas, bien a través de activos financieros “tóxicos” como las ABS (Asset-Backed Securities), bien directamente a través de vehículos fuera del balance de las propias entidades (que eran expresamente permitidos por diversos supervisores).

b) Globalización e internacionalización. En cierta manera como manifestación del mismo impulso liberalizador (que en el ámbito interno se traduce en la desregulación financiera) se ha operado internacionalmente una progresiva eliminación de las restricciones existentes a la actuación en los mercados domésticos de entidades extranjeras (bien mediante la constitución de filiales o sucursales, bien mediante la prestación de servicios financieros sin establecimiento permanente).

Según el consenso general, la supresión de tales restricciones (que en muchos casos databan de las perturbaciones de los mercados financieros que se verificaron

---

*especulativas no permitidas para las instituciones de inversión colectiva ordinarias, sin estar sujetos a su marco regulatorio y a la vigilancia que pretende la protección de inversores que se presumen poco informados y cualificados para calibrar el nivel de riesgo. Los partícipes en los hedge-funds son un número reducido de personas e instituciones de gran fortuna con sofisticación suficiente para asumir las estrategias de alto riesgo, sin que el regulador tenga que preocuparse por las pérdidas que puedan producirse”.* Torrero Mañas, Antonio, *Crisis financieras. Enseñanzas de cinco episodios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, página 59.

en la década de los años 30 como consecuencia de la Gran Depresión)<sup>710</sup> ha producido efectos muy positivos en la medida en que ha aumentado el tamaño relativo de las entidades (haciéndolas, en principio, más resistentes a choques sistémicos, al contar con una cartera más diversificada), ha expandido las posibilidades de elección de los consumidores (al ampliar el número de prestadores de servicios financieros, limitando o eliminando monopolios de oferta locales) y ha incrementado la profundidad y liquidez de los mercados (facilitando una fijación más eficiente de los precios relativos).

Sin embargo, lo cierto es que la reciente crisis ha puesto patentemente de manifiesto las limitaciones del actual esquema supervisor (básicamente nacional) cuando se verifican perturbaciones significativas en mercados e instituciones altamente internacionalizados.

Por un lado, el efecto “contagio” se ha extendido con una rapidez e intensidad que eran difícilmente previsibles. En este sentido, no puede dejar de subrayarse que la actual crisis se genera en un sector marginal del mercado financiero norteamericano (las hipotecas de baja calidad o “subprime”), no obstante lo cual, los problemas de cobertura derivados de la insolvencia de un número significativo de deudores se transmiten, a través de la titulización de activos, a una serie de entidades financieras líderes de los Estados Unidos y de Europa y, como consecuencia de la ruptura de la “cadena de confianza” en el interbancario y otros

---

<sup>710</sup> Es aún controvertido si las perturbaciones de los mercados financieros fueron causa o consecuencia de la Gran Depresión. En cualquier caso, resulta indudable una vez desencadenado el proceso depresivo, las perturbaciones financieras y la contracción del producto real se realimentaron mutuamente.

mercados mayoristas, al resto de la entidades (cuya exposición a un sector de negocio como el “subprime” era, o se percibía, como extremadamente remota).<sup>711</sup>

Por otro lado, una vez desencadenadas las perturbaciones, el esquema supervisor se ha mostrado claramente ineficaz para afrontar la crisis de grupos financieros intensamente internacionalizados, con activos y pasivos exigibles localizados en una pluralidad de jurisdicciones. Así, la quiebra de Lehman Brothers desencadenó en las horas inmediatamente previas una “repatriación” de activos que obligó posteriormente a los administradores-interventores de las filiales y sucursales europeas a pleitear para su recuperación ante los tribunales norteamericanos. En el caso de una entidad pan-europea como Fortis, la intervención se produjo directamente por los Gobiernos del Benelux, que, ante la ausencia de un esquema previo de coordinación, debieron negociar la división ad hoc del grupo bancario y las asunción por sus respectivos contribuyentes de las cargas resultantes. Finalmente, la quiebra de una serie de bancos islandeses ha planteado el problema de la garantía de los depósitos captados mediante Internet entre residentes británicos, en una situación en la que las entidades han devenido insolventes y el Estado islandés, dado el extraordinario tamaño del sector financiero en relación con el PIB nacional, tiene serias dificultades para compensar el déficit.

Las dificultades inherentes a la supervisión de estos grupos trasnacionales se incrementan cuando, como es frecuente, se trata de conglomerados financieros que realizan de forma integrada distintas líneas de actividad financiera (bancaria, aseguradora, de valores), lo que plantea el problema de la autoridad supervisora *sectorial* responsable de su efectivo control.

---

<sup>711</sup> Como señala Segura “los efectos de contagio son cada vez más intensos y se producen por canales de transmisión cuyo funcionamiento no se conoce suficientemente”. Segura, Julio, *Reflexiones en torno a los modelos de supervisión*, en Revista Iberoamericana de Mercados de Valores, número 25, Madrid, 2008, página 8.

c) Innovación financiera. Como subproducto de la liberalización financiera se ha procedido a la generación de una serie nueva de activos financieros, que han permitido, al menos teóricamente, reducir el riesgo y diversificar las carteras de inversión, haciéndolas, en principio, más resistentes a un choque sistémico.<sup>712</sup>

Sin embargo, algunos de estos novedosos productos, debido a su complejidad, han dificultado una valoración objetiva del riesgo que presentaban para el inversor (incluido el institucional, al que se supone, o suponía, altamente informado). En este punto, es importante señalar que el riesgo consustancial a la actividad financiera no es susceptible de ser eliminado, en la medida en que el valor del activo dependerá, en última instancia, del valor de su subyacente, de tal manera que la depreciación de éste impactará necesaria e ineludiblemente en el valor de aquél. Sin llegar al escepticismo de Galbraith<sup>713</sup>, lo cierto es que, a pesar del carácter pretendidamente novedoso de las nuevas técnicas e instrumentos financieros, en el momento en que se han deteriorado los activos subyacentes (en el caso de títulos como las *Mortgage-Backed Securities* y otras modalidades de ABSs, como consecuencia de la crisis del mercado inmobiliario norteamericano derivada de la insolvencia de un número significativo de deudores "subprime" y de la deflación de los precios reales

---

<sup>712</sup> *"By financial innovation, I mean the new financial products and more liquid financial markets that have brought more households and businesses into the financial system and helped expand private sector balance sheets". The Nature and Magnitude of Financial Innovation, Kato, Takatoshi, discurso, enero de 2009, París.*

<sup>713</sup> *"Mas para los instrumentos financieros nuevos, la experiencia establece una firme regla, y en pocas materias económicas su comprensión es más importante y frecuentemente, claro está, más sutil. La regla en cuestión dice que las operaciones financieras no se prestan a la innovación. Lo que recurrentemente se describe y se celebra como tal es, sin excepciones, una pequeña variante de un esquema ya establecido". Galbraith, John Kenneth, Breve historia de la euforia financiera, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, páginas 32-33.*

de los bienes inmuebles) el deterioro se ha transmitido con celeridad a los activos financieros. En la crisis actual, la situación se ha agravado por la técnica de “generar para distribuir” (de manera que la entidad o agente que otorgaba o comercializaba el crédito subyacente lo transmitía, titulizado junto a otros, a terceros inversores), lo que unido a la intrínseca opacidad de los instrumentos resultantes, ha creado una incertidumbre general sobre el alcance de las minusvalías y su efectiva distribución entre las distintas entidades operantes en los mercados.<sup>714</sup>

#### 7.4.3. Modelos internacionales de supervisión

---

<sup>714</sup> *“It appears that many purchasers of mortgages and mortgage-backed securities in the secondary market also failed to adequately assess the quality of the underlying assets or understand the risks associated with the securities they purchased. Information problems abound in credit markets. Lenders generally have more information about the creditworthiness of their borrowers than do secondary market participants. This information asymmetry gives lenders an incentive to hold the lowest-risk loans in their portfolios and sell off those with high default-risk. Recognizing this incentive, investors sometimes demand that loan originators maintain a stake in the loans they sell, or otherwise guarantee the credit quality of those loans. Too often, however, it appears that investors in securities backed by subprime mortgages failed to appreciate the inherent risks of investing in assets secured by subprime mortgages. Perhaps investors trusted too much the ratings assigned to mortgage-backed securities by the rating agencies. The rating agencies placed AAA ratings on many securities backed by subprime mortgages. Apparently the agencies looked in the rear-view mirror and assigned ratings based on the low default rates on mortgage-backed securities before 2006, rather than on a forward-looking analysis of the likely ability of borrowers to repay in a less favorable market environment.”* Financial Innovation: Engine of Growth or Source of Instability? Poole, William, Presidente del Federal Reserve Bank of St. Louis, discurso en la Universidad de Illinois, 6 de marzo de 2008.

Los cambios operados en los mercados financieros internacionales en las dos últimas décadas han motivado cambios profundos en la organización institucional de la supervisión financiera de un importante número de países avanzados<sup>715</sup> (y por influencia de éstos, en varias de las economías emergentes).

Ciertamente, el concreto diseño institucional de la supervisión financiera no responde generalmente a un estudio puramente teórico<sup>716</sup>, viniendo condicionado por la estructura preexistente y por las concretas relaciones de poder o influencia presentes (peso relativo de los distintos sectores de la industria financiera, previa

---

<sup>715</sup> Estos cambios son particularmente visibles en Europa, a lo que quizá no sea ajeno el proceso de integración comunitario: *"The evolution of financial markets and activities, forced by the financial innovation process, by the European Monetary Union (EMU), and more recently by the introduction of the Euro has pushed towards a rethinking of regulatory systems."* Cervellati, Enrico Maria, *Financial Regulation and Supervision in EU Countries*, Universidad de Bolonia, Working Paper Series, mayo de 2003, página 2.

<sup>716</sup> *"En cualquier caso, existe un aspecto esencial a tener en cuenta en toda argumentación que hace difícil hablar, en sentido abstracto, de la superioridad incontestable de un modelo (de supervisión) frente a otro. Este aspecto hace referencia a la historia institucional de cada país, su idiosincrasia. Los cambios radicales de modelo requieren un largo periodo de tiempo para materializarse – como sucedió, por ejemplo, en las experiencias holandesa y británica, por poner un modelo de cada tipo. Haciendo un paralelo obvio con la teoría de las reformas fiscales, es bien sabido que es muy distinto plantearse el problema de diseñar e implantar un modelo ex novo, caso en que se puede aspirar a un óptimo de primer orden, que reformar el modelo existente, en cuyo caso el análisis se inclina con frecuencia por lo que se denominan reformas marginales, aunque en realidad éstas deban ser de calado".* Segura, Julio, *Reflexiones en torno a los modelos de supervisión*, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, número 25, Madrid, 2008, página 8.

existencia o no de un supervisor independiente o prestigioso<sup>717</sup>, antecedentes de inestabilidad financiera, etcétera). Ello explica, la variabilidad de los esquemas existentes<sup>718</sup> que, no obstante, pueden ser reconducidos a efectos teóricos a los siguientes modelos:

---

<sup>717</sup> Quizá no sea totalmente ajeno al movimiento de reforma que se observa en algunos países (especialmente europeos) el hecho de que la política monetaria haya sido atribuida, como consecuencia de la tercera fase de la UEM, al Banco Central Europeo. Ello ha hecho que algunos bancos centrales naciones, con estructuras organizativas claramente sobredimensionadas, hayan podido ser más receptivos a un incremento de sus competencias en el ámbito de la supervisión financiera.

Este fue el caso, paradigmáticamente, del Banco Central alemán: *“Ever since the introduction of the euro – when the national central banks lost their monetary policy function – (...) the Bundesbank’s leadership had been carrying out a public campaign to become the sole banking supervisor by integrating the banking supervisory agency, BAKred, into a department of the Bundesbank (Engelen, 2001). By such a move the Bundesbank would have been compensated for the loss of responsibility for monetary policy. The Bundesbank had been already heavily involved in banking supervision through the support service it had provided to the BAKred. They argued that without strengthening the role of the Bundesbank as a banking supervisor, it would lose influence in the European System of Central Banks (ESCB) as many other central banks in Euroland are responsible for banking supervision. Therefore, in fear of further losing competencies the Bundesbank fiercely opposed Eichel’s plan to merge the separated supervisors into a single agency”*. Schüler, Martin, *Integrated Financial Supervision in Germany*, Discussion Paper No. 04-35, Centre for European Economic Research (ZEW), Mannheim, mayo de 2004, página 12. No obstante, lo cierto es que el Bundesbank fracasó, creándose una agencia supervisora única, separada institucionalmente del banco central (BaFin, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht).

<sup>718</sup> Eddy Wymeersch menciona la existencia cincuenta y cuatro (54) supervisores financieros en Europa. Véase, Wymeersch, Eddy, *Delegation as an instrument for financial*



(1) Modelo de supervisores sectoriales o de supervisión por sujetos

Es el esquema clásico<sup>719</sup>, en el que la supervisión integral de cada uno de los sectores de actividad financiera (bancaria, de valores, aseguradora)<sup>720</sup> resulta atribuida a diferentes instituciones (con o sin descentralización respecto de la Administración General del Estado).

Este modelo presenta la indudable ventaja de la especialización, en la medida en que la supervisión de los distintos sectores puede exigir unas estrategias, y aún, una “sensibilidad” diferente. Así, el supervisor bancario ha situado tradicionalmente el énfasis en la solvencia de las entidades reguladas (exigiendo una eficaz gestión del riesgo de crédito y unos ratios de rentabilidad adecuados), siendo la protección del consumidor una preocupación muy menor. Por el contrario, el foco de atención del regulador de valores no se ha centrado tanto en la rentabilidad de las empresas de servicios de inversión (más allá de asegurar la custodia y restitución de los valores) como en obtener una correcta formación de precios en los mercados, con la consiguiente vigilancia de las conductas de los operadores.

---

*supervision*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, diciembre de 2006, página 1.

<sup>719</sup> Es éste aún el modelo preponderante en los Estados Unidos. En la medida en que la supervisión es un poder derivado de la licencia (o en otros términos, en la medida en que el autorizado se somete en virtud de la misma al poder de supervisión), resulta lógico que sea atribuido a la agencia autorizadora (“chartering authority”).

<sup>720</sup> Es frecuente que exista asimismo un supervisor especializado para el ámbito de la previsión social, distinto del general del sector asegurador (así, la mexicana Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro).

Este esquema clásico, sin embargo, ha sido puesto en cuestión<sup>721</sup> por la aparición y desarrollo creciente de “conglomerados financieros” que, bajo una misma dirección y control, desarrollan varias líneas de negocio financiero, con lo consiguiente posibilidad de riesgos y responsabilidades cruzados<sup>722</sup>. Por ello, en los países en que aún se mantiene este esquema se enfatiza la necesidad de aumentar la coordinación entre los supervisores existentes, a través de comisiones o comités

---

<sup>721</sup> *“The three pillar approach is increasingly discussed and even criticized as a consequence of market evolutions: larger financial services groups include most of the time several lines of business: banking, insurance, securities services including asset management, specialized investment banking, leasing, venture capital, and so on. The blurring of these different lines of business within a single group presents considerable differences, going from a mere distribution technique towards full integration. Not only the firms, but also the financial products they distribute can less and less be classified along to the usual sectoral dividing lines. In addition, new entrants have contributed to the blurring of the traditional lines: large retailers or distributors (e.g. of automobiles), commercial firms such as GE, or e-commerce firms cross-sell products that traditionally belong to different financial sectors. The integration is the furthest developed in the financial services groups, often referred to as conglomerates, some of which are managed not along the legal status of the group entities, but along the business lines of their activity”.* Wymeersch, Eddy, *The Structure of Financial Supervision in Europe. About single, twin peaks and multiple financial supervisor*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, noviembre de 2006.

<sup>722</sup> *“El enfoque integrado ha sido considerado por algunos países como la manera más adecuada de enfrentarse al surgimiento y a la rápida expansión de los conglomerados financieros, es decir de grupos que ofrecen un amplio rango de productos en una sola plaza, alterando con ello las demarcaciones tradicionales entre las instituciones reguladas y reguladoras”.* Quesada, Christopher, *Estructuras de supervisión en los mercados financieros, ¿supervisión integrada o especializada?*, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, número 25, Madrid, 2008, página 49.

permanentes<sup>723</sup>, que permitan el intercambio de información y la resolución de controversias en los supuestos en que se presenten conflictos de intereses entre las distintas autoridades supervisoras.<sup>724</sup>

## (2) Modelo de supervisores funcionales

También conocido como “modelo holandés”<sup>725</sup> (en la medida en los Países Bajos fueron pioneros en su implantación en Europa a partir de 2002)<sup>726</sup>, se basa en la

---

<sup>723</sup> Este fue la opción inicial en los Países Bajos con la creación en 1999 de un Consejo de Supervisores Financieros.

<sup>724</sup> Ciertamente, en la medida en que estas comisiones o comités de coordinación reciban competencias para decidir imperativamente las controversias o para dictar instrucciones de obligado cumplimiento, el modelo se aproximará al de supervisor único, aún cuando pueda mantenerse la separación institucional entre las distintas autoridades supervisoras.

<sup>725</sup> Lo cierto es que el modelo se implantó antes en Australia, que atribuyó la supervisión de solvencia de bancos y entidades aseguradoras a la *Australian Prudential Regulation Authority* (APRA) y la supervisión de los mercados de valores a la *Australian Securities and Investments Commission* (ASIC). Este esquema también puede encontrarse en Canadá, operando como “agencia de solvencia” la OSFI.

<sup>726</sup> En los Países Bajos, el cambio de esquema institucional (del clásico, basado en tres supervisores sectoriales, al modelo funcional) vino motivado por la preponderancia de los “conglomerados financieros” (dado que éstos prestaban en 1999 el 90% de los servicios bancarios, intermediaban el 70% del volumen del mercado de valores y eran parte en el 60% de los contratos de seguros).

La puesta en marcha del modelo ha sido, sin embargo, laboriosa al tener que enfrentar numerosas dificultades prácticas. Propuesto en 1999 por el Comité de Supervisores financieros, su efectiva implantación no se ha producido hasta 2005.

existencia de dos supervisores especializados, no por razón de los sujetos supervisados, sino de las funciones a desempeñar: un supervisor de la solvencia de las entidades y un supervisor de conductas (por lo que también se denomina modelo “twin peaks” o de picos gemelos<sup>727</sup>).

El supervisor de solvencia (generalmente, el antiguo supervisor bancario<sup>728</sup> que, con frecuencia, coincide con el banco central<sup>729</sup>) asume, en consecuencia, como

---

<sup>727</sup> La denominación “twin peaks” fue utilizada por primera vez en el muy influyente artículo de M. Taylor “*A Regulatory Structure for the New Century*”, Centre for the Study of Financial Innovation, Londres, 1995.

<sup>728</sup> Ello se explica en la medida en que la mayoría de los “conglomerados financieros” se han generado como consecuencia de la expansión de las entidades de crédito hacia áreas de negocio distintas de la bancaria (lo que, a su vez, ha sido consecuencia de la ola liberalizadora que suprimió las restricciones existentes con anterioridad).

<sup>729</sup> Doctrinalmente, se ha defendido esta opción en la medida en que sería consistente con un concepto amplio de “estabilidad financiera”, comprensivo tanto de la estabilidad “macroeconómica” (competencia tradicional de los bancos centrales) como “microeconómica” (solvencia de las entidades de crédito).

En este sentido: *“Because banks are the conduits through which changes in short-term interest rates are transmitted, the central bank needs to have accurate and timely information about the condition and performance of banks as a precondition for effective conduct of monetary policy. In addition, without “hands on” bank supervision responsibility, the central bank may take too little account of conditions in the banking sector when setting monetary policy. Further, the central bank needs to have access to information on the solvency and liquidity of banks in order to exercise its function of lender of last resort. Having such information in a timely manner is especially crucial in times of financial crises, and the best way to ensure access is by assigning on-going banking supervision responsibility to the central bank. Having supervisory power may also aid the central bank in acting quickly and precisely via the banking system in time of crisis”*. Barth, James R.,

única misión institucional la de asegurar que las entidades supervisadas (bancarias, de valores, aseguradoras) cuentan con adecuados niveles de capitalización y cobertura, siendo privado de otras funciones que podrían entrar en conflicto con dicha misión institucional (en particular, la protección del cliente minorista).

El supervisor de conductas (normalmente, la antigua autoridad responsable de la supervisión de los mercados de valores<sup>730</sup>) pasa a ser responsable de que la operativa de las entidades se ajuste a las normas imperativas de los mercados, salvaguardando la correcta formación de precios y asegurando la protección de los consumidores de servicios financieros (siendo privada, por el contrario, de las potestades de supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión).

### (3) Modelo de supervisor único

En este modelo, la supervisión integral de todos los sectores de actividad financiera se atribuye a una única autoridad supervisora, que puede ser el banco central (caso de Singapur) o una agencia completamente independiente (como la FSA<sup>731</sup> en Gran Bretaña o BaFin<sup>732</sup> en Alemania).<sup>733</sup>

---

Dopico, Luis G., Nolle, Daniel E., y Wilcox, James A., *An International Comparison and Assessment of the Structure of Bank Supervision*, Auburn University, Office of the Comptroller of the Currency and University of California, Berkeley - Economic Analysis & Policy Group, Working Paper Series, abril de 2002, página 21.

<sup>730</sup> En el caso neerlandés, se le dio la nueva denominación de "Autoridad de los Mercados Financieros".

<sup>731</sup> Financial Services Authority. La FSA (cuyo antecedente es el Securities and Investments Board, SIB) recibió no sólo las competencias de supervisión sobre entidades de crédito del Banco de Inglaterra, sino que asimismo absorbió por virtud de la Ley de Servicios y Mercados Financieros (Financial Services and Markets Act, FSMA) de junio de 2000 a otras

Lógicamente, la principal ventaja de este modelo radica en que facilita la coordinación, de modo que se asegura una estrategia pública coherente, especialmente en el contexto de una creciente integración financiera<sup>734</sup> o en el caso de crisis sistémicas que afecten a distintos sectores de la industria financiera (así, una crisis específicamente bancaria, como la derivada de las hipotecas “subprime”, se ha transmitido al sector asegurador a través de los “credit default swaps”,

---

cinco autoridades supervisoras: la Building Societies Commission, la Friendly Societies Commission, la Investment Management Regulatory Organisation, la Personal Investment Authority y la Securities and Futures Authority.

<sup>732</sup> Bundesanstalt fuer Finanzdienstleistungsaufsicht. BaFin integró las autoridades supervisoras existentes de entidades de crédito (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, BAKred), de valores (Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel, BAWe) y de seguros (Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen, BAV).

<sup>733</sup> El caso irlandés es, en cierta medida, intermedio: la agencia supervisora está legal e institucionalmente separada del banco central, pero éste viene obligado a proveer los recursos materiales y humanos.

<sup>734</sup> *“The main reason for the creation of single financial services supervisors is the growing integration of financial sectors leading to the blurring of boundaries between banking, insurance and securities activities. One aspect in this context is the growing importance of financial conglomerates, the acquisition of Dresdner Bank by Allianz being a paramount example. Another aspect is that channels of distribution of financial products are no longer as specialised as they used to be. Banks use their branch network to sell, e.g., insurance products or even non-financial products. Moreover, one can observe a blurring of boundaries between financial products. These financial market developments are often labelled with the notions bancassurance and Allfinanz”.* Schüler, Martin, *Integrated Financial Supervision in Germany*, Discussion Paper No. 04-35, Centre for European Economic Research (ZEW), Mannheim, mayo de 2004, página 2.

obligando a la Reserva Federal, a pesar de ser el supervisor bancario y no de seguros, a auxiliar a la principal empresa aseguradora mundial, AIG).

Se señalan, no obstante como principales debilidades potenciales de este modelo los siguientes: (1) Problemas de gestión, dado el tamaño de la entidad resultante.<sup>735</sup> (2) Dificultad de priorizar las misiones institucionales de la agencia supervisora, lo que puede traducirse en un deterioro de la función de control de la solvencia.<sup>736</sup> (3)

---

<sup>735</sup> "Some have expressed the fear that due to the size and breadth of activity of the integrated supervisor, it may become too unwieldy, and hence difficult to manage. The integrated scheme is therefore considered appropriate only for smaller jurisdictions. Although the integrated formula has frequently been applied in smaller states, some of the major financial centres of the world have introduced an integrated scheme, such as the UK, Japan, and S. Korea. Large supervisors would have to adapt their management techniques in any case, without this being an issue specific to the case of the integrated supervisor." Wymeersch, Eddy, *The Structure of Financial Supervision in Europe. About single, twin peaks and multiple financial supervisor*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, noviembre de 2006.

<sup>736</sup> "Es evidente, sin embargo, que la multiplicidad de objetivos dificulta la focalización y la priorización, y creo que la reciente experiencia internacional también pone en evidencia este problema. El caso de la FSA del Reino Unido es clarísimo: veíamos también ayer cómo, cuando se diseñó la FSA, se establecieron objetivos a nivel de su ley asociados a la educación financiera y la protección del consumidor financiero, con un énfasis enorme en estos aspectos, lo que incluso se plasmó en la propia estructura de la entidad, con un pilar encargado de la supervisión de los servicios financieros en el mercado de retail. Cuando vino la problemática del mercado inglés, trascendió a los medios de comunicación que aparentemente la FSA llevaba muchos meses sin hacer una visita a Northern Rock cuando el banco entró en dificultades, seguramente por estar ocupada en otras funciones de supervisión". Prado Villegas, César, *Beneficios y retos del supervisor unificado en el sector financiero y el mercado de valores*, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, número 25, Madrid, 2008, página 22.

En los casos en que la nueva agencia se disocia del banco central, fragmentación de la estabilidad financiera, al separar la función de vigilancia de la estabilidad macro-prudencial (política monetaria), de la estabilidad micro-prudencial (supervisión financiera), lo que puede ser especialmente grave en supuestos de crisis de liquidez sistémica. (4) Falta de transparencia en la resolución de los supuestos de conflicto de intereses dada la existencia de objetivos de política potencialmente contradictorios.<sup>737</sup>

#### 7.4.4. La reforma del modelo español

El sistema español responde actualmente al modelo de supervisores sectoriales, de modo que el control de las entidades de crédito se encuentra atribuido legalmente al Banco de España, el de las empresas de servicios de inversión a la CNMV, y el de las entidades aseguradoras a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP).

Este modelo ha sido criticado fundamentalmente por la pervivencia de un supervisor integrado en la Administración General del Estado (la DGSFP es un centro directivo del Ministerio de Economía y Hacienda), lo que resultaría contrario

---

<sup>737</sup> *"El modelo de supervisor único (...) presenta el inconveniente de que interniza el conflicto de intereses latente entre el supervisor de solvencia y el de conductas, por lo que su solución siempre será opaca y, cabe suponer, sistemáticamente sesgada a favor de una u otra de las funciones. En este sentido, no es difícil imaginar que un modelo de supervisor único, ante una hipotética situación de crisis, tendría un sesgo difícilmente evitable a poner en primer plano las cuestiones de solvencia en detrimento de los aspectos relativos a la conducta de las entidades". Segura, Julio, Reflexiones en torno a los modelos de supervisión, en Revista Iberoamericana de Mercados de Valores, número 25, Madrid, 2008, página 7.*



a los estándares internacionales, que recomiendan la atribución de autonomía funcional e institucional a la autoridad supervisora.<sup>738</sup>

En este contexto, se publica en 2007 por parte de Gonzalo Gil y Julio Segura un importante artículo<sup>739</sup> en el que se propone la implantación en España del modelo de supervisores funcionales o “modelo holandés”. Más allá del prestigio académico de sus autores, la propuesta tuvo una inmediata resonancia dados los cargos que desempeñaban los autores (Gonzalo Gil era subgobernador del Banco de España y Julio Segura consejero y, posteriormente Presidente de la CNMV), lo que alejaba a la propuesta de ser un mero ejercicio teórico.<sup>740</sup>

---

<sup>738</sup> “Based on various internationally recognized standards and codes (i.e. the G10 Basel Core Principles for Effective Banking Supervision (BCP), the IAIS Insurance Core Principles and the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation), supervisory independence can be defined as a situation in which the supervisor is able to exercise its judgment and powers independently with respect to the enforcement of prudential and/or conduct of business rules, i.e. without being improperly influenced or overruled by the parties under supervision, the government, the Parliament, or any other interested third party. As such, the supervisory authority must be empowered and to make its own independent judgments (e.g. with respect to licensing, on-site inspections, off-site monitoring, sanctioning, and enforcement of the sanctions), without other authorities or the industry having the right or possibility to intervene. Moreover, the supervisor itself must base its decisions on purely objective and non-discriminatory grounds.” Report of the High-Level Group of Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière. Bruselas, 25 de febrero de 2009, página 47.

<sup>739</sup> Gil, Gonzalo, y Segura, Julio, *La supervisión financiera, situación actual y temas para el debate*, Estabilidad Financiera, número 12, Banco de España, Madrid, mayo de 2007.

<sup>740</sup> Aunque contiene la cláusula habitual de que “este artículo es responsabilidad exclusiva de los autores y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España ni de la CNMV”, se publicó en una revista oficial del Banco de España (Estabilidad Financiera).

A la luz de las declaraciones de importantes responsables gubernamentales<sup>741</sup>, parece razonable considerar que nuestro modelo se orientará próximamente hacia una organización funcional. Ello supondría básicamente los siguientes cambios en el actual esquema supervisor:

(1) La supervisión de solvencia de las entidades aseguradoras sería transferida de la DGSFP al Banco de España.

(2) Las competencias de supervisión de solvencia de las empresas de servicios de inversión de la CNMV serían atribuidas al Banco de España.

(3) La supervisión de conducta de las entidades de crédito pasaría del Banco de España a la CNMV.

(4) La CNMV asumiría, asimismo, las competencias de supervisión de conducta de las entidades aseguradoras, actualmente ejercidas por la DGSFP.

(5) El Banco de España pasaría a ejercer el control del Consorcio de Compensación de Seguros y del Fondo de Garantía de Inversiones (como supervisor de solvencia, pues los fondos, además de su misión de garantía a los clientes, se orientan al saneamiento de las entidades).<sup>742</sup>

---

<sup>741</sup> Véanse en este sentido las manifestaciones del ex Vicepresidente Sr. Solbes en el Foro Nueva Economía, 23 de mayo de 2008.

<sup>742</sup> En este punto ha de tenerse en cuenta que desde 1998 los Fondos de Garantía de Depósitos han pasado a proporcionar cobertura a los inversores respecto de los recursos dinerarios, valores y otros instrumentos financieros confiados a entidades de crédito para

(6) Los Servicios de Reclamaciones de entidades de crédito y de entidades aseguradoras serían asumidos por la CNMV. Este es, probablemente, uno de los resultados más positivos de la reforma, dados los conflictos de intereses actualmente existentes, en especial en relación con las entidades de crédito, entre la supervisión de solvencia y la protección del cliente.

En definitiva, el resultado final de la reforma sería que el Banco de España quedaría como único supervisor de solvencia de todas las entidades financieras (entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, y otras, como los establecimientos de cambio de moneda) y la CNMV (que pasaría a denominarse Comisión Nacional de Servicios Financieros) se configuraría como exclusiva autoridad de supervisión de conductas.

Por el contrario, la DGSFP sería privada de todas sus competencias de supervisión, quedando exclusivamente como autoridad reguladora. En este contexto, su misma pervivencia sería dudosa, dado que la regulación financiera (con exclusión precisamente de la normativa de seguros) se halla centralizada en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. Esta excepción podía tener sentido en la medida en que existía un centro directivo que ejercía, sobre bases sectoriales, todas las competencias (normativas y supervisoras) sobre las entidades aseguradoras, pero encuentra escasa justificación cuando dicho centro directivo queda exclusivamente como regulador, resultando poco coherente, en definitiva, con la propia organización funcional que se pretende implantar. En consecuencia, es previsible que la DGSFP desaparezca enteramente, siendo asumidas sus funciones regulatorias por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que sería responsable del impulso de la normativa de solvencia y conducta de todas las instituciones financieras.

---

su depósito y administración o para la realización de algún servicio de inversión, posibilidad ésta que admite la Directiva 97/9/CE.

No obstante, la reforma se presenta problemática en el actual contexto de aguda crisis financiera, dificultad a la que contribuye adicionalmente el diferente régimen jurídico de los profesionales de las tres instituciones involucradas (funcionarial en la DGSFP, estatutario en el Banco de España y laboral en la CNMV).

#### 7.4.5. Supervisión financiera e integración europea

Como hemos señalado anteriormente, partiendo de una situación similar a la norteamericana de acusada fragmentación del mercado bancario, la Unión Europea ha llegado a soluciones originales (reconocimiento mutuo, pasaporte comunitario, armonización de legislaciones nacionales...).

Sin embargo, la crisis desencadenada en el verano de 2007 ha puesto de manifiesto las limitaciones de un modelo en el que, a diferencia de la política monetaria, la supervisión financiera continúa fuertemente fragmentada.

La solución más obvia sería la creación de un supervisor financiero europeo único (a la manera del SEBC para la política monetaria), opción que, no obstante, se antoja sumamente remota (algunos autores la consideran un mero “sueño”<sup>743</sup>), e

---

<sup>743</sup> “...some dream of a big, single, European supervisor, in charge of all types of financial supervision. This scheme is more a political symbol than a workable solution. It is generally thought as being unfeasible, vastly overdone and in any case premature. The official position of the European institutions, shared by most supervisors, is that the existing techniques of cooperation and attribution of competence have to be fully tested and explored and only if these would have failed to yield satisfactory solutions other avenues can be explored”. Wymeersch, Eddy, *Delegation as an instrument for financial supervision*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, diciembre de 2006, página 2.

incompatible con el principio de subsidiaridad consagrado en el Tratado Constitutivo.

Alternativamente, se ha propuesto la creación de una autoridad supervisora europea que operaría junto con los supervisores nacionales. Se trataría de un sistema de doble licencia ("two-tier system"), análogo al norteamericano, en el que las grandes entidades con vocación paneuropea obtendrían una licencia o autorización única, quedando sometidas al control de una agencia europea (que actuaría como "chartering authority").

En este contexto, surge la propuesta del denominado Grupo De Larosière (oficialmente, el Grupo de Alto Nivel sobre Supervisión Financiera en la Unión Europea)<sup>744</sup> que ha publicado en febrero de 2009 un detallado informe en el que se describen los pasos para el establecimiento de un nuevo modelo europeo de supervisión<sup>745</sup>.

---

<sup>744</sup> Establecido por el Presidente de la Comisión Europea, Sr. Barroso. El mandato atribuido al Grupo es el *"to make proposals to strengthen European supervisory arrangements covering all financial sectors, with the objective to establish a more efficient, integrated and sustainable European system of supervision."* En particular, el Grupo debía considerar los siguientes puntos: (1) *"how the supervision of European financial institutions and markets should best be organized to ensure the prudential soundness of institutions, the orderly functioning of markets and thereby the protection of depositors, policy-holders and investors;"* (2) *"how to strengthen European cooperation on financial stability oversight, early warning mechanisms and crisis management, including the management of cross border and cross sectoral risks;"* (3) *"how supervisors in the EU's competent authorities should cooperate with other major jurisdictions to help safeguard financial stability at the global level."*

<sup>745</sup> El informe también analiza extensamente las causas de la crisis y las principales deficiencias puestas de manifiesto en la regulación financiera, pero en este apartado nos centraremos en aquellos puntos relativos a la supervisión.

Para este propósito el informe distingue entre supervisión macroprudencial<sup>746</sup> y microprudencial<sup>747</sup>, estimando que deben atribuirse a diferentes instituciones. El Grupo se muestra particularmente taxativo al excluir de la segunda al Banco Central Europeo (*"While the Group supports an extended role for the ECB in macro-prudential oversight [...] it does not support any role for the ECB for micro-prudential supervision"*), a pesar de que la posibilidad de atribuir a éste funciones de supervisión de las entidades financieras está expresamente prevista en el Tratado (*"El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión, previa consulta al BCE y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá encomendar al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial"*

---

<sup>746</sup> *"The objective of macro-prudential supervision is to limit the distress of the financial system as a whole in order to protect the overall economy from significant losses in real output. While risks to the financial system can in principle arise from the failure of one financial institution alone if it is large enough in relation to the country concerned and/or with multiple branches/subsidiaries in other countries, the much more important global systemic risk arises from a common exposure of many financial institutions to the same risk factors. Macro-prudential analysis therefore must pay particular attention to common or correlated shocks and to shocks to those parts of the financial system that trigger contagious knock-on or feedback effects"* (página 38).

<sup>747</sup> *"Micro-prudential supervision has traditionally been the centre of the attention of supervisors around the world. The main objective of micro-prudential supervision is to supervise and limit the distress of individual financial institutions, thus protecting the customers of the institution in question. The fact that the financial system as a whole may be exposed to common risks is not always fully taken into account. However, by preventing the failure of individual financial institutions, micro-prudential supervision attempts to prevent (or at least mitigate) the risk of contagion and the subsequent negative externalities in terms of confidence in the overall financial system"* (página 38).

*de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros*<sup>748</sup>, artículo 127.6 TFUE, antiguo artículo 105.6 TCE).

Centrándonos en la supervisión microprudencial<sup>749</sup> o supervisión de entidades<sup>750</sup>, el Grupo propone la creación de un Sistema Europeo de Supervisión Financiera (*European System of Financial Supervision, ESFS*) en un proceso de dos etapas:

(1) En la primera fase, a desarrollar en los años 2009-2010, se adoptarían medidas en las siguientes áreas:

(a) Preparación de la transformación de los Comités de tercer nivel en “Autoridades Europeas”.

---

<sup>748</sup> El informe señala precisamente como una de las razones que “*the ECB is not entitled by the Treaty to deal with insurance companies. In a financial sector where transactions in banking and insurance activities can have very comparable economic effects, a system of micro-prudential supervision which was excluded from considering insurance activities would run severe risks of fragmented supervision*” (páginas 43-44).

<sup>749</sup> La supervisión macroprudencial sería atribuida a un denominado Consejo Europeo de Riesgo Sistémico (*European Systemic Risk Council, ESRC*) que sustituiría al actual Comité de Supervisión Bancaria (BSC) del Banco Central Europeo.

<sup>750</sup> En el presente trabajo las referencias a la supervisión deben entenderse referidas a la supervisión microprudencial o supervisión de entidades.

En la actualidad, los Comités de tercer nivel del Proceso Lamfalussy (CEBS<sup>751</sup>, CEIOPS<sup>752</sup> y CESR<sup>753</sup>) son meramente órganos asesores de la Comisión Europea. El informe estima que tales Comités deben reforzarse con vistas a su transformación en auténticas “Autoridades Europeas”: el CEBS pasaría a ser la “Autoridad Bancaria Europea”, el CEIOPS la “Autoridad Europea de Seguros” y CESR la “Autoridad Europea de Valores”. El resultado sería un sistema descentralizado, en coherencia con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad del Tratado Constitutivo, en el que los supervisores nacionales continuarían desempeñando la supervisión ordinaria y reteniendo la mayoría de sus actuales competencias.

---

<sup>751</sup> Comité de Supervisores Bancarios Europeos (*Committee of European Banking Supervisors*). Su mandato es el de aconsejar a la Comisión Europea en asuntos de política bancaria, promover la cooperación y convergencia de las prácticas supervisoras en la Unión Europea y revisar la común implantación y la aplicación coherente de la legislación comunitaria.

<sup>752</sup> Comité de Supervisores de Seguros y Planes de Pensiones (*Committee of Insurance and Occupational Pensions Supervisors*). Establecido de conformidad con la Decisión de la Comisión Europea 2004/6/CE de 5 de noviembre de 2003, su mandato incluye aconsejar a la Comisión en la elaboración de medidas de ejecución de las Directivas y Reglamentos en la materia, así como establecer estándares, recomendaciones y guías de actuación en el campo de la supervisión con objeto de reforzar la efectiva aplicación del derecho comunitario y facilitar la colaboración entre supervisores nacionales.

<sup>753</sup> Comité de Reguladores Europeos de Valores (*Committee of European Securities Regulators*). Establecido de conformidad con la decisión de la Comisión Europea 2001/527/CE de 6 de junio de 2001, su mandato es el de mejorar la coordinación entre los reguladores (más propiamente supervisores) de valores, desarrollando mecanismos operativos efectivos.



El Grupo recomienda iniciar inmediatamente los trabajos legislativos para la transformación en “autoridades” de los referidos Comités que, entretanto, serían “reforzados” (incremento de sus presupuestos, redefinición de su programa de trabajo, incremento de la cooperación entre Comités, etc.).

(b) Aproximación legislativa.

Las propuestas son aquí indefinidas, limitándose a señalar que sería conveniente aproximar los regímenes sancionadores, los poderes de los supervisores y la legislación mercantil (en particular, en materia de sociedades e insolvencias)<sup>754</sup>. Aunque el Informe señala acertadamente que la actual dispersión en el campo sancionador puede conducir a distorsiones en el Mercado Único y a arbitrajes reguladores, creo que no enfatiza suficientemente que el problema no radica tanto en el régimen jurídico “formal” como en la negativa fáctica de buen número de supervisores a ejercer efectivamente sus potestades legales y sancionar los incumplimientos detectados. En este punto, la aproximación de la normativa sancionadora (por ejemplo, estableciendo mediante instrumentos de derecho comunitario penas mínimas para determinadas infracciones de particular gravedad) tendrá, en el mejor de los casos, un efecto extremadamente limitado si siguen prevaleciendo los enfoques de “persuasión moral” o la defensa de los “campeones nacionales”.

(c) Mejora de la supervisión.

Es aquí donde el Informe De Larosière pone más patentemente de manifiesto sus limitaciones, a las que seguramente no resulta ajeno el origen profesional de sus

---

<sup>754</sup> “Legislative changes covering in particular aspects of company and insolvency laws (e.g. winding-up, transferability of assets, bankruptcy), should be proposed by the Commission as soon as possible if the EU is to deal with future crises in a more effective and cost-efficient manner” (página 52).

autores. Efectivamente, las recomendaciones formuladas no dejan de resultar sorprendentes a la luz de los graves fallos en los sistemas de supervisión que la crisis ha puesto de manifiesto y que el propio informe no puede sino reconocer. Así, según el Grupo la “mejora de la supervisión” pasaría por “incrementar la retribución de los supervisores” (sic) y reforzar la independencia de los órganos nacionales de supervisión<sup>755</sup>. Particularmente llamativa resulta la propuesta de “facilitar los intercambios de personal entre el sector privado y las autoridades supervisoras”. Ignoramos si esta sugerencia se refiere al trasvase de ejecutivos bancarios ahora desempleados a los organismos de supervisión (a donde traerían información de primera mano sobre las prácticas viciosas que han acentuado la crisis) o de supervisores al sector privado (agravando los conflictos de intereses que en buena medida han impedido una supervisión eficaz).

(2) En la segunda etapa del proceso, a desarrollar en los años 2011-2012, se procedería a la transformación legal de los Comités Lamfalussy en las nuevas “autoridades europeas”, que pasarían a ejercer las siguientes competencias:

---

<sup>755</sup> El Informe no puede dejar de reconocer que, en el mayor de los casos, la independencia del supervisor es de naturaleza distinta a la de la autoridad monetaria: *“However, supervisory independence differs from central bank independence (i.e. in relation to monetary policy), in the sense that the government (usually the Finance minister) remains politically responsible for maintaining the stability of the financial system, and the failure of one or more financial institutions, markets or infrastructures can have serious implications for the economy and tax payer’s money*<sup>10</sup>. *Consequently, the supervisory authority should operate within a certain scope of responsibilities and under an explicit delegation of powers in the form of legislation passed by Parliament and the government should not exercise immediate powers on the supervisory authority and interfere directly in its day-to-day activities. Independence should be balanced and strengthened by proper accountability arrangements and transparency of the regulatory and supervisory process, consistent with confidentiality requirements”* (página 47).

(a) En relación con las instituciones transfronterizas, el ejercicio de poderes de mediación jurídicamente vinculantes (permitiendo a las nuevas "autoridades europeas" resolver las disputas entre supervisores nacionales); la designación de los supervisores a nivel de grupo (en aquellos casos en los que el proceso establecido en las Directivas aplicables no haya producido acuerdo sobre este punto); la participación en las inspecciones realizadas por los supervisores nacionales; el control de los riesgos sistémicos; el aseguramiento de la coherencia de la regulación prudencial, evitando el riesgo de competencia desleal entre instituciones supervisadas; y el análisis prudencial de las fusiones o adquisiciones de relevancia europea (en combinación con el examen de las autoridades de los Estados Miembros).

(b) La autorización y supervisión de determinadas instituciones de relevancia europea (como las agencias de "rating"), la definición de prácticas supervisoras comunes, el aseguramiento del cumplimiento por los supervisores nacionales de los necesarios estándares<sup>756</sup>, la cooperación con las autoridades responsables de la supervisión macroprudencial, la coordinación en situaciones de crisis financiera y la representación internacional de la Unión en las discusiones bilaterales o multilaterales con terceros Estados en materia de supervisión.

---

<sup>756</sup> En los amplísimos términos con los que se concibe esta competencia se trataría de una verdadera "supervisión del supervisor": *"The Authorities would have a significant new responsibility of ensuring that all national supervisors meet necessary standards, by being able to challenge the performance by any national supervisor of its supervisory responsibilities, whether for domestic or cross-border firms, and to issue rulings aimed at ensuring that national supervisors correct the weaknesses that have been identified. In the event of the national supervisor failing to respond to this ruling, a series of graduated sanctions could be applied, including fines and the launch by the Commission of infringement procedures. In exceptional circumstances, where serious issues of financial stability are at stake, the Authorities should be able on a temporary basis to acquire the duties which the national supervisor is failing to discharge"* (página 54).

### Valoración crítica del Informe De Larosière

El resultado de la actividad del Grupo De Larosière no ha estado a la altura de las expectativas. Indudablemente, su labor ha venido condicionada por ciertas circunstancias (su designación por el Presidente de la Comisión Europea, la extracción profesional de sus miembros, la premura con la que ha desarrollado sus trabajos...) que ya hacían prever que las propuestas finales no pondrían en cuestión ciertas asunciones que han inspirado la construcción del Mercado Único Financiero en las últimas décadas.

Ciertamente que, en lo relativo al análisis de las causas de la crisis y de las deficiencias de la regulación financiera actualmente vigente, el Informe hace aportaciones de gran valor. Sin embargo, su núcleo (la propuesta en materia de supervisión) no puede sino calificarse como decepcionante:

(1) En cuanto a sus principios inspiradores, resulta sorprendente la falta de crítica de la actuación de las autoridades supervisoras (o, dada la composición del Grupo<sup>757</sup>, de autocrítica). Aparentemente, los problemas fundamentales han derivado de (a) desbalances macroeconómicos (exceso de liquidez, tipos de interés reales negativos, reducción de las primas de riesgo) o (b) deficiencias regulatorias imputables, naturalmente, a los Gobiernos (ausencia de control del “sistema bancario en la sombra”, requisitos de capitalización insuficientes, procedimientos de autorización poco exigentes). Por el contrario, las críticas a la “comunidad supervisora” son escasas, echándose en falta referencias a determinadas “prácticas supervisoras” (enfoques no juridificados, énfasis en el autocontrol del sector privado, conflictos de intereses no resueltos) que parecen haber contribuido de forma decisiva a la crisis financiera. En este contexto, resulta particularmente

---

<sup>757</sup> Jacques de Larosière fue Gobernador del Banco de Francia de 1987 a 1993.

sorprendente el énfasis del informe en la independencia de los órganos supervisores, a pesar de que las deficiencias de la supervisión que ha puesto de manifiesto la crisis (o que, en buena medida, están en el origen de la crisis misma) no han procedido tanto de las intromisiones de los Gobiernos como de la colusión de ciertos supervisores con el sector supervisado. Ello resulta particularmente chocante en un contexto en el que han sido los Gobiernos, democráticamente elegidos, los llamados a reparar, con el dinero de los contribuyentes, los destrozos del sector financiero que las autoridades supervisoras, tecnocráticas e “independientes”, fueron incapaces de anticipar, prevenir o impedir. En esta línea, resulta extremadamente significativo que las audiencias del Grupo se hayan limitado a los lobbies y asociaciones profesionales de la industria financiera, sin incluir a representante alguno de los usuarios de servicios financieros, cuyos intereses parecen representar una preocupación muy menor del Informe.<sup>758</sup>

---

<sup>758</sup> Para una relación de las instituciones oídas véase el Anexo II. Éstas pueden reconducirse a dos grandes categorías:

- (1) Instituciones públicas: CEBS, CEIOPS, CESR, Comisión Europea, Comité de Basilea, Banco Central Europeo (BCE), Foro de Estabilidad Financiera (FSF), Fondo Monetario Internacional (FMI), Comité Económico y Financiero (CEF).
- (2) Lobbies: CEA (Comité Européen des Assurances), AMICE (Association of Mutual Insurers and Insurance Cooperatives in Europe), EBF (European Banking Federation), ESBG (European Savings Banks Group), EACB (European Association of Co-operative Banks), Federation of European Securities Exchanges (FESE), ICMA (International Capital Market Association), EFAMA (European Fund and Asset Managers Association), ISDA (International Swaps and Derivatives Association), FOA (Future and Options Association), AMAFI (French Association of Financial Markets), LIBA (London Investment Banking Association), European Issuers y ISCS (Investicni spole nost Ceske sporitelny).

(2) En cuanto a la estructura de supervisión propuesta, es dudoso que, como pretende el Informe, responda a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad del Tratado Constitutivo (aunque, ciertamente, tratándose de un Grupo establecido por el Presidente de la Comisión Europea, sus conclusiones no resulten sorprendentes). Más específicamente, el Informe no justifica adecuadamente en qué medida el esquema que se recomienda hubiera contribuido a reducir la probabilidad de la crisis o, producida ésta, hubiera reducido su virulencia o sus efectos sobre la economía real. Por el contrario, puede sostenerse que: (1) en la etapa de gestación de la crisis, determinadas malas prácticas de la industria financiera han sido toleradas o incentivadas por una determinada “cultura supervisora” que el esquema propuesto no viene sino asumir como la única posible; (2) en la gestión de la crisis, una vez desencadenada, han sido los Gobiernos los llamados a tomar las principales medidas (véase, por ejemplo, el caso *Fortis*), lo que resulta lógico dado que las ingentes cantidades destinadas al salvamento de las entidades en dificultades han tenido que ser aportadas con cargo al Erario Público. Resultan a este respecto misteriosas las razones que podrían llevarnos a pensar que unas “autoridades europeas” integradas por supervisores financieros (pues, recuérdese, éstas se construyen en el Informe sobre la base de los actuales Comités de tercer nivel) hubieran podido contribuir a coordinar adecuadamente a los Gobiernos nacionales (salvo que la última frontera de la “independencia” de los supervisores tecnocráticos radique en dar instrucciones a los Gobiernos electos sobre el destino del dinero de los contribuyentes).<sup>759</sup>

---

Sorprendentemente, se dio audiencia hasta a empresas individuales (AXA, Munich Reinsurance Company, Aegon, AVIVA plc.), pero a ninguna asociación de usuarios de servicios financieros.

<sup>759</sup> En el momento de redactar este texto, se han presentado por la Comisión Europea sendas propuestas de Reglamento estableciendo tres nuevas “autoridades financieras europeas” (la “European Banking Authority”, la “European Insurance and Occupational

#### 7.4.6. La reforma de la supervisión financiera norteamericana.

Como vimos anteriormente, la estructura supervisora de los Estados Unidos se ha caracterizado tradicionalmente por su gran complejidad, de forma que coexisten un gran número de agencias gubernamentales tanto estatales como federales cuyas competencias con frecuencia se solapan (lo que desde algunos sectores políticos y doctrinales no se ha considerado totalmente indeseable, dado el arraigo en aquel país ha tenido el principio de “competencia regulatoria”).

Sin embargo, la crisis ha puesto de manifiesto graves deficiencias en la supervisión de las entidades, lo que ha llevado a repensar el esquema supervisor federal, proceso de reflexión que ha dado lugar al denominado “Libro Blanco” del Tesoro (*Financial Regulatory Reform. A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*).<sup>760</sup>

---

Pensions Authority” y la “European Securities and Markets Authority”). Estas autoridades, que se configuran como órganos comunitarios con plena personalidad jurídica (artículo 3) ven reconocidos poderes directos, tanto de tipo normativo como ejecutivo.

<sup>760</sup> Aunque ciertamente la crisis ha respondido a una variedad de causas (la más significativa de todas, el exceso de liquidez derivado de una política monetaria excesivamente acomodaticia, poca relación guarda con la supervisión financiera), la dispersión y falta de coordinación de las autoridades supervisoras norteamericanas ha dificultado, sin duda, la adopción de las medidas adecuadas: *“While this crisis had many causes, it is clear now that the government could have done more to prevent many of these problems from growing out of control and threatening the stability of our financial system. Gaps and weaknesses in the supervision and regulation of financial firms presented challenges to our government’s ability to monitor, prevent, or address risks as they built up in the system. No regulator saw its job as protecting the economy and financial system as a whole. Existing approaches to bank holding company regulation focused on protecting the subsidiary bank, not on comprehensive regulation of the whole firm. Investment banks were*

Desde el punto de vista supervisor (haremos referencia a las propuestas de reforma de la regulación financiera más adelante), las recomendaciones más significativas del “Libro Banco” son las siguientes:

(1) Creación de un denominado “*Financial Services Oversight Council*”, integrado por los supervisores financieros bajo la presidencia del Secretario del Tesoro.<sup>761</sup>

Como principales funciones del Consejo se prevén las siguientes: (a) facilitar el intercambio de información y la coordinación entre las principales agencias supervisoras federales en materia de desarrollo de políticas, regulación, inspección, requisitos de comunicación y acciones disciplinarias; (b) informar anualmente al Congreso sobre los desarrollos observados en los mercados y los potenciales riesgos sistémicos; (c) identificar las empresas que deban quedar sujetas a la supervisión de la Reserva Federal por tener la consideración de “Tier 1 FHC” (véase infra).

---

*permitted to opt for a different regime under a different regulator, and in doing so, escaped adequate constraints on leverage. Other firms, such as AIG, owned insured depositories, but escaped the strictures of serious holding company regulation because the depositories that they owned were technically not “banks” under relevant law”. Financial Regulatory Reform. A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 2.*

<sup>761</sup> El Consejo estaría integrado por: (1) el Secretario del Tesoro, que lo presidiría; (2) el Presidente del Consejo de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal (FED). (3) el Director del propuesto ‘National Bank Supervisor’ (FBS); (4) el Director de la nueva Agencia de Protección Financiera del Consumidor (CFPA); (5) el Presidente de la Comisión de Valores (SEC); (6) el Presidente de la CFTC; (7) el Presidente de la ‘Federal Deposit Insurance Corporation’ (FDIC); y (8) El Director de la ‘Federal Housing Finance Agency’ (FHFA).



**(2) Ampliación de las facultades supervisoras de la Reserva Federal.**

El "Libro Blanco" propone la sujeción a la supervisión de la Reserva Federal de todas aquellas instituciones que, no obstante no tener naturaleza bancaria, puedan presentar un riesgo sistémico para el sistema financiero en caso de insolvencia (son las denominadas "Tier 1 Financial Holding Companies"). Como factores para calificar a una firma como "Tier 1 FHC" se mencionan: (a) su volumen (se trataría de aquellas empresas "demasiado grandes para caer"); (2) su apalancamiento (esto es, su nivel de endeudamiento en relación con sus recursos propios), con inclusión de las posibles responsabilidades fuera de balance; (3) su interconexión con el resto del sistema financiero (aquí el caso prototípico lo constituiría una empresa como AIG que, no siendo un banco sino una aseguradora, estaba íntimamente relacionada con las entidades de crédito a través de la cobertura proporcionada por los CDS).<sup>762</sup>

**(3) Creación de un "National Bank Supervisor" (NBS)**

El "Libro Blanco" concibe el NBS como una agencia única que, integrada en el Departamento del Tesoro, pero con autonomía funcional, sería responsable de supervisión de todas las instituciones de depósito con un "charter" federal (incluidas

---

<sup>762</sup> *"The sudden failures of large U.S.-based investment banks and of American International Group (AIG) were among the most destabilizing events of the financial crisis. These companies were large, highly leveraged, and had significant financial connections to the other major players in our financial system, yet they were ineffectively supervised and regulated. As a consequence, they did not have sufficient capital or liquidity buffers to withstand the deterioration in financial conditions that occurred during 2008." Financial Regulatory Reform. A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 21.*

las filiales o sucursales de bancos extranjeros). Ello se completaría con dos reformas de calado: (1) la supresión de las restricciones en materia de apertura de oficinas<sup>763</sup>; (2) la limitación de la libertad de las entidades en dificultades para cambiar de autoridad supervisora mediante la modificación de su “charter” federal o estatal (lo que supondría la primera restricción seria del principio de “competencia regulatoria” que hasta ahora ha inspirado la arquitectura supervisora norteamericana).<sup>764</sup>

(4) Creación de una Agencia de Protección Financiera del Consumidor (*Consumer Financial Protection Agency, CFPA*).

---

<sup>763</sup> “We propose the elimination of the remaining restrictions on interstate branching by national and state banks. Interstate banking and branching is good for consumers, good for banks, and good for the broader economy. Permitting banks to expand across state lines improves their geographical diversification and, consequently, their resilience in the face of local economic shocks. Competition through interstate branching also makes the banking system more efficient – improving consumer and business access to banking services in under-served markets, and increasing convenience for customers who live or work near state borders.” *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 33

<sup>764</sup> “Although FDICIA and other work by the federal banking agencies over the past few decades have substantially improved the uniformity of the regulatory framework for national banks, state member banks, and state nonmember banks, more work can and should be done in this area. To further minimize arbitrage opportunities associated with the multiple remaining bank charters and supervisors, we propose to further reduce the differences in the substantive regulations and supervisory policies applicable to national banks, state member banks, and state nonmember banks. We also propose to restrict the ability of troubled banks to switch charters and supervisors.” *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 33.

El “Libro Blanco” reconoce que, a pesar de que múltiples agencias gubernamentales tienen atribuidas competencias en materia de protección del consumidor de servicios financieros, los abusos se han extendido en años recientes<sup>765</sup>, a lo que no resultaría ajeno el conflicto de intereses existente con la supervisión financiera.<sup>766</sup>

Se propone, en consecuencia, la creación de una agencia especializada, responsable de aplicar de “forma vigorosa” la legislación federal de protección del consumidor a todas las instituciones financieras con independencia de su “charter” federal o estatal.<sup>767</sup>

---

<sup>765</sup> “(...) as abusive practices spread, particularly in the market for subprime and nontraditional mortgages, our regulatory framework proved inadequate in important ways. (...) Most critically in the run-up to the financial crisis, mortgage companies and other firms outside of the purview of bank regulation exploited that lack of clear accountability by selling mortgages and other products that were overly complicated and unsuited to borrowers’ financial situation. Banks and thrifts followed suit, with disastrous results for consumers and the financial system.” *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 7.

<sup>766</sup> “Banking regulators at the state and federal level had a potentially conflicting mission to promote safe and sound banking practices (...)”. *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 7.

<sup>767</sup> Es interesante destacar que el Libro Blanco concibe la protección del consumidor como un “fundamento crítico” del sistema financiero que da al público confianza en que los mercados financieros son justos y facilita a las autoridades mantener la estabilidad de la regulación. Por el contrario, en nuestro país con demasiada frecuencia se concibe la protección del consumidor como una “carga” que “penaliza la rentabilidad” de las instituciones financieras.

### Valoración crítica del “Libro Blanco”

Las propuestas en materia de supervisión financiera previstas en el “Libro Blanco” no pueden sino calificarse de modestas. Ciertamente, la magnitud del sistema financiero norteamericano (con mucho el más sofisticado, profundo e innovador del mundo), junto con la compleja arquitectura institucional del país, dificultarían en todo caso la implantación *ex novo* de un modelo “racional” del tipo de supervisor único o supervisores funcionales.

Sin embargo, es opinión común en la doctrina y en la industria financiera que la presente profusión de autoridades supervisoras existentes en los Estados Unidos (fruto de un largo acarreo histórico) resulta excesiva incluso para las dimensiones de aquella economía. En este contexto, las recomendaciones del “Libro Blanco” (que, en la práctica, suponen la creación de nuevas agencias supervisoras) parecen contribuir escasamente a la simplificación y racionalización de la arquitectura institucional actual. En este punto, resultan particularmente insatisfactorios los mecanismos de coordinación previstos (en especial, el “*Financial Services Oversight Council*”), cuya capacidad para asegurar una acción pública, no ya coherente, sino meramente no contradictoria, resulta dudosa.

Más favorablemente debe calificarse el énfasis puesto por el “Libro Blanco” en la supervisión reforzada de las entidades con potenciales efectos sistemáticos (las denominadas “Tier 1 FHC”). Ello no obstante, debe subrayarse que: (1) la supervisión de la Reserva Federal no ha impedido catastróficas pérdidas en las entidades financieras líderes como consecuencia de graves deficiencias en los sistemas internos de control del riesgo (debe reiterarse que la crisis no se ha limitado a la periferia del sistema, sino que ha afectado muy gravemente a aquellas entidades que se suponían mejor gestionadas...y supervisadas); (2) la calificación como “Tier 1 FHC” supondrá un régimen de supervisión más estricto y exigencia regulatorias más intensas (en particular, mayores requisitos de capitalización), con

**el consiguiente efecto negativo en la rentabilidad de las instituciones financieras calificadas como tales.**

## **8. La crisis financiera y la regulación bancaria**

Tras años de relativa estabilidad, en el verano de 2007 se manifestaron agudas tensiones en los mercados financieros. La pérdida de confianza de los operadores en la solvencia de las contrapartes determinó una intensísima restricción de la liquidez disponible en el sistema, lo que obligó a los bancos centrales a acordar masivas inyecciones de financiación a corto: el 9 de agosto, la Reserva Federal norteamericana suministró al mercado 24.000 millones de dólares, cantidad elevadísima que, no obstante, fue más que quintuplicada por el Banco Central Europeo, que inyectó aquel día 95.000 millones de euros (en torno a 130.000 millones de dólares), e informó a los bancos que podían tomar a préstamo *sin límite* al interés básico (entonces en el 4 por 100). Al día siguiente, los volúmenes prestados por ambos bancos centrales<sup>768</sup> alcanzaron cifras igualmente asombrosas (la Reserva Federal 38.000 millones de dólares, el Banco Central Europeo 61.000 millones de euros), no obstante lo cual, la situación de los mercados de capitales se mantuvo extremadamente tensa.

Las dificultades para normalizar los mercados financieros (en particular, el interbancario), especialmente intensas tras la quiebra de Lehman Brothers, han resultado en una aguda contracción del crédito disponible para empresas y familias, produciendo una profunda recesión global. Aunque existían indicadores que adelantaban cierta desaceleración de la economía mundial con anterioridad al verano de 2007, la intensísima contracción del producto real que se ha producido desde entonces ha venido motivada esencialmente por la restricción de financiación derivada del desorden de los mercados mayoristas que, durante periodos prolongados de tiempo, simplemente han dejado de cumplir su función institucional de canalización del capital hacia los demandantes de crédito.

---

<sup>768</sup> Se produjeron también intervenciones cuantiosas de otros bancos centrales, como los más de 8.000 millones de dólares que el Banco de Japón prestó el 10 de agosto.

En consecuencia, la crisis en que nos hallamos es, en su génesis, una *crisis específicamente financiera* que, sólo con posterioridad, ha desencadenado una crisis económica (cuestión distinta es que ésta, una vez desencadenada, agudice, a su vez, la crisis financiera, a través de un acelerado deterioro de la calidad de la cartera de activos de las entidades financieras, en un proceso de realimentación).

Siendo la industria financiera y, en particular, las entidades de crédito, uno de los sectores más intensamente regulados y supervisados, cabe entonces preguntarse, ¿qué ha pasado? ¿Cómo ha sido posible?

### **8.1. Las causas de la crisis financiera**

Las causas de la crisis son aún controvertidas<sup>769</sup>. Aunque no falta quien estima que se ha tratado fundamentalmente de un “pánico financiero” clásico (derivado de la incertidumbre de los operadores de los mercados mayoristas sobre el grado de exposición de las contrapartes a los activos “tóxicos”), el consenso mayoritario sitúa las causas de la crisis en los desequilibrios macroeconómicos de que venía adoleciendo la economía mundial en la última década.

---

<sup>769</sup> Parte de la cuestión radica, como se obvio, en distinguir entre causas remotas y próximas. Así, Murphy considera que la raíz de la crisis se encuentra en los problemas de valoración de los CDS (“root cause of the crisis: mispricing in the massive Credit Default Swaps Market”). Sin embargo, esta explicación resulta perfectamente compatible con situar la causa *remota o originaria* de la crisis en los desequilibrios macroeconómicos existentes: el exceso de liquidez derivado del déficit por cuenta corriente norteamericano habría conducido a las entidades a valorar erróneamente los riesgos derivados de los CDS, error de valoración que sería la causa *inmediata o próxima* de la crisis. Véase, Murphy, Austin, *An Analysis of the Financial Crisis of 2008: Causes and Solutions*, Oakland University, Rochester, 2008, página 2.

El principal de estos desequilibrios macroeconómicos lo constituía la existencia de un elevado y prolongado déficit por cuenta corriente en los Estados Unidos<sup>770</sup>. Con el fin de evitar la apreciación de sus divisas, el correlativo superávit de los países exportadores (en especial de China) fue en buena medida “esterilizado” mediante la compra de activos financieros norteamericanos de muy baja rentabilidad<sup>771</sup> (fundamentalmente, bonos del Tesoro) lo que incrementó el exceso de capital disponible en aquella economía.

En este contexto, la Reserva Federal norteamericana, con el fin de afrontar las consecuencias recesivas del estallido de la burbuja tecnológica, adoptó una política monetaria intensamente acomodaticia, con tipos de interés reales extremadamente reducidos (en junio de 2003 la “Federal Funds Rate”<sup>772</sup> era del 1 por 100).

---

<sup>770</sup> El déficit por cuenta corriente norteamericano se situó en promedio en el 5,3% del PNB entre 2002 y 2007. No obstante, se ha discutido en qué medida esta cifra podría estar sobrevaluada: “(...) *the evidence that the U.S. current account deficit may be slightly overstated (...) does not overturn the basic finding that ‘measured’ trade deficits of 4-5 percent of GDP would over time imply a significant deterioration in the U.S. external position*”. Milesi-Ferretti, Gian Maria, *Fundamentals at Odds? The U.S. Current Account Deficit and the Dollar*, IMF Working Papers, Washington, 2008, página 12.

<sup>771</sup> Evidentemente, el objetivo no era obtener bajas rentabilidades, sino invertir en activos extremadamente seguros y líquidos (como son, paradigmáticamente, los bonos del Tesoro norteamericano).

<sup>772</sup> La “Federal Fund Rate” (FFR) es la tasa de interés a la que los bancos norteamericanos se prestan a un día (generalmente con objeto de cubrir el coeficiente de reserva). Desde esta perspectiva la FFR se asemeja al LIBOR o al EURIBOR, si bien, a diferencia de éstos, no se obtiene por el promedio de las operaciones cruzadas entre un pool de bancos, sino que se fija por el Comité Federal de Mercado Abierto (Federal Open Market Committee) de la Reserva Federal. Una vez establecida la “tasa nominal” (esto es, aquélla que la Reserva



La abundante liquidez a tipos extremadamente reducidos produjo una serie de efectos económicos, por otra parte, no inéditos<sup>773</sup>: (1) una expansión del crédito<sup>774</sup> que, por su volumen, bien puede calificarse de “burbuja”<sup>775</sup>, expansión que vino

---

Federal desea obtener) se influencia la “tasa efectiva” mediante “operaciones de mercado abierto” (compra o venta de activos) ejecutadas por el “Domestic Trading Desk”.

<sup>773</sup> *“In many respects, the subprime market experienced a classic lending boom-bust scenario with rapid market growth, loosening underwriting standards, deteriorating loan performance, and decreasing risk premiums. Argentina in 1980, Chile in 1982, Sweden, Norway, and Finland in 1992, Mexico in 1994, Thailand, Indonesia, and Korea in 1997 all experienced the culmination of a boom-bust scenario, albeit in different economic settings.”* Demyanyk, Yuliya y Van Hemert, Otto, *Understanding the Subprime Mortgage Crisis*, Federal Reserve Bank of Saint Louis, 2008, página 32.

<sup>774</sup> Un incremento de la liquidez del sistema produce necesariamente un aumento del crédito disponible salvo que las autoridades adopten medidas orientadas a “esterilizar” la liquidez generada (como el incremento de los coeficientes de reserva o, directamente, el establecimiento de limitaciones cuantitativas al crecimiento del crédito).

<sup>775</sup> Interesantemente, Murphy considera que la causa principal de la burbuja crediticia no fue tanto la liquidez existente como la posibilidad de “cubrir” (“hedge”) o asegurar los créditos con CDS a precios anormalmente bajos: *“Such underpricing of credit default swaps resulted in a credit bubble, as investors were able to hedge their investments in bonds and loans with the insurance of the credit default swaps to reduce their risk at abnormally low costs. In particular, the hedged positions of debt combined with credit default swap insurance were perceived to be virtually risk-free because the insuring parties on the credit default swaps (such as banks, the federal mortgage agencies FNMA and FHLMC, and insurance companies such as AMBAC, MBIA, and AIG) were typically granted the same credit rating as the U.S. Treasury at Aaa”.* Murphy, Austin, *An Analysis of the Financial Crisis of 2008: Causes and Solutions*, Oakland University, Rochester, 2008, página 8.

asociada con un marcado deterioro de las prácticas crediticias; (2) como consecuencia de la acelerada expansión del crédito, un extraordinario incremento del valor de los activos<sup>776</sup>, especialmente en el mercado residencial<sup>777</sup>; este incremento realimentó a su vez la expansión del crédito, al mantenerse relativamente estable la relación deuda-colateral por el aumento del valor de los activos en garantía, no obstante la elevación del nivel general de endeudamiento; (3) una reducción de los márgenes financieros<sup>778</sup>, que empujó a las entidades a la

---

<sup>776</sup> Parte del problema radicó en que los Bancos Centrales (no sólo la Reserva Federal, sino de forma aún más incondicionada el BCE) tienen por misión institucional controlar la inflación, entendida ésta como un incremento en los precios al consumo, no del valor de los bienes de inversión. Aunque existía una creciente evidencia de la formación de una "burbuja de activos" el consenso mayoritario era que la autoridad monetaria y/o supervisora no estaba en condiciones ni disponía de la información adecuada para identificar y/o abortar tales burbujas.

<sup>777</sup> Se ha señalado que "a credit boom accompanied a housing bubble" (*A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 5). Sin embargo, creo que es evidente que el incremento del crédito no "acompañó" sino que "causó" la burbuja inmobiliaria (aunque, ciertamente, una vez iniciada ésta, ambos fenómenos se retroalimentaron).

<sup>778</sup> Se ha señalado como causa de esta reducción de los márgenes financieros, no sólo los tipos reales extremadamente bajos que predominaron durante la mayor parte de la década, sino también las reformas operadas en los mercados de valores: "*While retail investors realized big savings in terms of the cost of execution after decimalization, the Big Bang also ripped the profitability out of institutional trade execution, forcing the major Wall Street firms to strip the services provided to investors down to the bare bones. More than the restrictions of Regulation FD or threats of prosecution by former New York State attorney general Elliot Spitzer, decimalization forced spreads to shrink and gradually compelled many large sell-side firms to cut back on research and banking coverage for issuers of public securities and to focus new investments on OTC asset classes.*" Whalen, Christopher, *The Subprime*

búsqueda de productos de mayor rentabilidad (en un contexto en que la idea predominante era que esta mayor rentabilidad podía obtenerse sin incremento sustancial del riesgo, mediante una más adecuada “gestión” y “dispersión” del mismo).

## **8.2. Las deficiencias en la regulación financiera**

La crisis financiera no ha sido causada, en consecuencia, por deficiencias en la legislación financiera, sino que tiene su raíz esencial en la existencia de prolongados desequilibrios macroeconómicos y en el mantenimiento de una política monetaria demasiado laxa durante demasiado tiempo<sup>779</sup>. Sin embargo, no cabe duda de que una serie de deficiencias en el marco regulador agravaron la situación, al permitir (e incluso incentivar) determinadas prácticas viciosas de la industria financiera y dificultar la identificación por las autoridades supervisoras de los problemas que se estaban gestando:

- La técnica de “generar para distribuir” (“originate-to-distribute”). Tradicionalmente, las entidades de crédito obtienen su financiación mediante operaciones pasivas

---

*Crisis -- Cause, Effect and Consequences*, Networks Financial Institute, Indiana State University, 2008, página 5.

<sup>779</sup> En contra de esta tesis Whalen, que estima que la causa de la crisis fueron errores (1) de política general (fundamentalmente, la denominada “National Homeownership Strategy”, que fomentaba la adquisición de propiedades residenciales) y (2) de estricta política bancaria: “*The second factor that helped foment the subprime debacle, strangely enough, is not the liberal, easy money monetary policy followed by the Fed under Chairman Alan Greenspan earlier in this decade, but rather errors and omission committed by regulators regarding bank regulatory policy, especially when it comes to bank involvement in securitization.*” Whalen, Christopher, *The Subprime Crisis -- Cause, Effect and Consequences*, Networks Financial Institute, Indiana State University, 2008, página 4.

(depósitos, emisión de obligaciones, recurso al interbancario...), financiación que emplean en dar crédito a empresas y familias (operaciones activas), manteniendo los pasivos y activos resultantes en su balance. Este esquema se ve alterado por la técnica de la “titulización”, que permite transformar los activos ilíquidos del balance bancario en valores negociables, incrementando la financiación de la entidad y, consiguientemente, su capacidad para conceder nuevo crédito.<sup>780</sup>

En la última década las entidades norteamericanas (en particular, los bancos de inversión) han llevado el instrumento de la “titulización” hasta sus últimas consecuencias mediante la técnica de “generar para distribuir”, conforme a la cual se limitan a estructurar el producto para su venta a inversores, pero sin retenerlo en su balance<sup>781</sup>. Evidentemente, este sistema genera problemas de “riesgo moral” en

---

<sup>780</sup> *“Securitization efficiently allocates risk with capital. It enables companies to access capital markets directly, in most cases at lower cost than the cost of issuing direct debt (such as bonds or commercial paper), and it avoids middleman inefficiencies. Moreover, when the securitized assets are loans, securitization helps to transform the loans into cash from which banks and other lenders can make new loans.”* Schwarcz, Steven, *The Future of Securitization*, Duke Law School, Research Paper Series no. 223, Durham, 2008, páginas 1-2.

<sup>781</sup> *“Over the last two decades, bank credit has evolved from the traditional relationship banking model to an originate-to-distribute model where banks can originate loans, earn their fee, and then sell them off to investors who desire such exposures. (...) There are several legitimate reasons for loan sales. First, (...) loan sales allow banks to free up capital that could then be deployed in more profitable activities. It also allows them to increase their fee-based loan origination activity, in which they have a comparative advantage over nonbank financial institutions. This has a positive impact on the return on assets and return on equity of banks. Second, the loan sales market provides an effective mechanism for risk diversification for banks (...). Third, from a macro perspective, loan sales improve the liquidity of the balance sheets of banks, thereby reducing financing frictions and lowering their cost of capital. This makes asset liability management easier, and increases the banks’*

la medida en que la entidad emisora tiene escasos incentivos para asumir los costes de realizar un análisis serio del riesgo del crédito inherente al instrumento que comercializa.<sup>782</sup>

- Creciente endeudamiento e insuficiencia del capital regulatorio. En un marco de creciente presión sobre los márgenes financieros, la estrategia de las entidades líderes para mantener su rentabilidad pasó por aumentar su “apalancamiento” (esto es, su nivel de recursos ajenos en relación con sus recursos propios)<sup>783</sup>. Las

---

*ability to successfully respond to negative economic environments*”. Berndt, Antje, y Gupta, Gupta, Moral Hazard and Adverse Selection in the Originate-to-Distribute Model of Bank Credit, Tepper School of Business, Pittsburg, 2008, página 2.

<sup>782</sup> *“We argue that the originate-to-distribute (OTD) model of lending resulted in the origination of inferior quality of loans in recent years. Using a measure of banks’ participation in the OTD market prior to the onset of subprime mortgage crisis, we show that banks with higher OTD participation have higher mortgage default rates in the later periods. These charges are concentrated in banks that are unable to sell their OTD loans after the disruption in the mortgage market. Our evidence confirms the popular belief that lack of screening incentive created by the separation of origination from the ultimate bearer of the default risk has been a contributing factor to the current mortgage crisis. More important, our study shows that these incentive problems are severe for poorly capitalized banks and banks that rely less on demand deposits. Thus, large capital base and higher fraction of demand deposits act as disciplining devices for the banks.”* Purnanandam, Amiyatosh, *Originate-to-Distribute Model and the Subprime Mortgage Crisis*, Ross School of Business, Michigan, 2009, página 29.

<sup>783</sup> *“Leverage is achieved by increasing the investment through either outright borrowing or off-balance-sheet transactions, particularly derivatives. In the former case, a loan (or a repurchase agreement) is used to supplement the equity investment, which is expected to have a rate of return higher than the interest rate on the loan. Instead of cash, the loan could consist of a security (as in short-selling operations). In the latter case, derivative positions (such as futures and options) allow the investor to earn the return on the notional*

autoridades supervisoras estaban plenamente al corriente de que los principales bancos de inversión estaban alcanzando niveles de 1:30, o aún superiores, no obstante lo cual, no adoptaron medidas al no tratarse de entidades de depósito. En este contexto, el creciente apalancamiento vino favorecido no sólo por la “creatividad” de las entidades para eludir las exigencias regulatorias, sino por ciertos cambios introducidos conscientemente en la normativa (caso, en particular, de las decisiones adoptadas por la SEC en 2004<sup>784</sup> en relación con la “norma de capital neto”<sup>785</sup>, que permitieron a los cinco<sup>786</sup> principales bancos de inversiones aumentar notablemente su nivel de endeudamiento<sup>787</sup>).

---

*amount underlying the contract by committing a small portion of equity in the form of initial margin or option premium payments”.* Breuer, Meter, *Measuring Off-Balance-Sheet Leverage*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2000, páginas 4-5.

<sup>784</sup> Esta decisión se articuló en el Programa CSE (Consolidated Supervised Entity). *“The CSE program is a voluntary program that was created in 2004 by the Commission pursuant to rule amendments under the Securities Exchange Act of 1934. The program allows the Commission to supervise these broker-dealer holding companies on a consolidated basis”.* Oficina del Inspector General (SEC), *SEC’s Oversight of Bear Stearns and Related Entities: The Consolidated Supervised Entity Program*, Securities and Exchange Commission, Washington, 2008, página v.

<sup>785</sup> *“The net capital rule focuses on liquidity and is designed to protect securities customers, counterparties, and creditors by requiring that broker-dealers have sufficient liquid resources on hand at all times to satisfy claims promptly”.* Government Accountability Office (GAO), *Risk-Based Capital. Regulatory and Industry Approaches to Capital and Risk*, Washington, 1998.

<sup>786</sup> En realidad, las entidades integradas en el Programa CSE eran siete, si bien sólo cinco de ellas se hallaban sometidas a la supervisión de la SEC (Bear Stearns, Goldman Sachs,

- Extrema complejidad de los productos financieros. También como consecuencia del estrechamiento de los márgenes financieros, los bancos de inversión fueron desplazando sus actividades hacia productos OTC ("over-the-counter") que les proporcionaban unas rentabilidades superiores<sup>788</sup>. Estos productos se caracterizaban por su extraordinaria complejidad, lo que dificultaba su valoración aún por inversores altamente profesionalizados. Esta dificultad casi insuperable para estimar el riesgo de los nuevos instrumentos motivó que los inversores confiaran de forma creciente en las calificaciones otorgadas por las agencias de "rating", a pesar de que existían evidencias de conflicto de intereses, tanto por la regla de "paga el emisor" ("issuer-pays model"), como por la participación de las agencias en el diseño de los instrumentos emitidos.<sup>789</sup>

---

Morgan Stanley, Merrill Lynch y Lehman Brothers), siendo la Reserva Federal el supervisor principal de las dos restantes (Citigroup y JP Morgan).

<sup>787</sup> *"A broker-dealer becomes a CSE by applying to the Commission for an exemption from computing capital using the Commission's standard net capital rule (...)".* Oficina del Inspector General (SEC), *SEC's Oversight of Bear Stearns and Related Entities: The Consolidated Supervised Entity Program*, Securities and Exchange Commission, Washington, 2008, página v. Ello suponía que las entidades afiliadas al CSE quedaban exentas de cumplir la relación 1:15 que era propia de la norma de "capital neto", lo que les permitió incrementar notablemente su apalancamiento.

<sup>788</sup> Puede argumentarse convincentemente que estas rentabilidades proceden precisamente de la opacidad intrínseca en la comercialización de los productos OTC (dada la falta de normalización de éstos), que permiten a las entidades cargar comisiones superiores a las que son posibles en un mercado regulado, en el que la estandarización de los productos negociados dota de transparencia a los costes de intermediación.

<sup>789</sup> *"The CDO trust partners, the equity holders, would work with a credit rating agency to get the CDO's liabilities rated. They paid the rating agency for this service. The rating agency*

Desde esta perspectiva, resulta particularmente indicativa de la complejidad de los productos la incapacidad de los emisores de "Credit Default Swaps" (CDS) para valorar adecuadamente los riesgos inherentes a los títulos asegurados, lo que motivó que las primas pagadas fueran extremadamente bajas. Esta posibilidad de "cubrir" o asegurar el riesgo de impago a precios anormalmente reducidos fue uno de los elementos decisivos que permitieron el explosivo crecimiento del mercado de titulización y, como consecuencia de ello, la realimentación de la burbuja crediticia e hipotecaria<sup>790</sup>. Dado que el riesgo asegurado se percibía como extremadamente remoto (o inexistente), las empresas que comercializaban CDS no dotaban las reservas técnicas exigidas por la legislación aseguradora<sup>791</sup>, lo que motivó que, al

---

*told the CDO trust the procedure it would use to rate the bonds – the methods, the historical default rates, the prepayment rates, and the recovery rates. The CDO trust structured the liabilities and waterfall to obtain a significant percent of AAA bonds (with the assistance of the rating agency). The rating process was a fixed target."* Crouhy, Michel, Jarrow, Robert y Turnbull, Stuart, *The Subprime Credit Crisis of 07*, Bauer Collage of Business, Houston, 2008, página 9.

<sup>790</sup> "Such underpricing of credit default swaps resulted in a credit bubble, as investors were able to hedge their investments in bonds and loans with the insurance of the credit default swaps to reduce their risk at abnormally low costs. In particular, the hedged positions of debt combined with credit default swap insurance were perceived to be virtually risk-free because the insuring parties on the credit default swaps (such as banks, the federal mortgage agencies FNMA and FHLMC, and insurance companies such as AMBAC, MBIA, and AIG) were typically granted the same credit rating as the U.S. Treasury at Aaa." Murphy, Austin, *An Analysis of the Financial Crisis of 2008: Causes and Solutions*, Oakland University, Rochester, 2008.

<sup>791</sup> En realidad, la propia figura del CDS responde al denominado "arbitraje regulatorio": su finalidad se cumplía tradicionalmente a través de seguros de caución ("debt insurance policies") que presentaban el "inconveniente" de obligar a constituir las correspondientes



hacerse efectivos los riesgos asegurados, no se encontraran en condiciones de afrontar sus compromisos contractuales (que han sido finalmente asumidos por el contribuyente norteamericano a través de la nacionalización de facto de AIG).

- Intenso deterioro de los estándares crediticios. Todas las evidencias apuntan a que los criterios de concesión de crédito se deterioraron de forma marcada durante la fase expansiva<sup>792</sup>, como pone de manifiesto el crecimiento de productos de alto riesgo como las hipotecas "subprime".<sup>793</sup> Este deterioro, por otra parte previsible en un contexto de elevado crecimiento del crédito<sup>794</sup>, se vio intensificado por los

---

reservas técnicas. Por el contrario, los CDS, al tratarse de una figura atípica, no estaban sujetos a requisito regulatorio alguno.

<sup>792</sup> "(...) during the dramatic growth of the subprime (securitized) mortgage market, the quality of the market deteriorated dramatically. (...)Were problems in the subprime mortgage market apparent before the actual crisis erupted in 2007? Our answer is yes, at least by the end of 2005. Using the data available only at the end of 2005, we show that the monotonic degradation of the subprime market was already apparent. Loan quality had been worsening for five years in a row at that point. Rapid appreciation in housing prices masked the deterioration in the subprime mortgage market and thus the true riskiness of subprime mortgage loans. When housing prices stopped climbing, the risk in the market became apparent." Demyanyk, Yuliya y Van Hemert, Otto, Understanding the Subprime Mortgage Crisis, Federal Reserve Bank of Saint Louis, 2008, páginas 32-33.

<sup>793</sup> Las hipotecas "subprime" se incrementaron notablemente tanto en términos absolutos como relativos (pasaron de representar en 2001 el 8 por 100 de las hipotecas concedidas al 20 por 100 en 2006).

<sup>794</sup> Ceteris paribus, los estándares crediticios tienden a ser menos exigentes en un contexto de elevada liquidez (esto es, si el crédito es abundante tendrán acceso al mismo clientes que, en otras circunstancias, no obtendrían financiación). Sin embargo, en el caso

problemas de riesgo moral derivados del modelo “generar para distribuir” (se ha calculado que una cartera de créditos susceptible de titulización presenta una tasa de morosidad entre un 10 y un 25 por 100 superior a una no titulizable<sup>795</sup>). El deterioro (verdadero fraude en muchas ocasiones) se acentuó en la medida en que la relación directa con el deudor no se establecía por las entidades financieras (principalmente, bancos de inversión) que comercializaban los títulos sino por los denominados “mortgage brokers” (agentes o promotores de hipotecas), que tenían escasos incentivos para ser rigurosos en la estimación de la solvencia de sus potenciales clientes.<sup>796</sup>

La baja calidad de los activos subyacentes a los títulos emitidos, oculta en la fase alcista del ciclo crediticio e inmobiliario (pues las valoraciones crecientes de los bienes en garantía permitían refinanciar de forma aparentemente indefinida las

---

norteamericano, estos estándares se deterioraron aún más intensamente por la falta de conexión entre quiénes negociaban el crédito y quiénes finalmente soportaban el riesgo.

<sup>795</sup> *“In the wake of the subprime mortgage crisis, a central question confronting market participants and policymakers is whether securitization had an adverse effect on the ex-ante screening effort of loan originators. Comparing characteristics of the loan market above and below the ad-hoc credit threshold, we show that a doubling of securitization volume is on average associated with about a 10-25% increase in defaults.”* Keys, Benjamin, Mukherjee, Tanmoy, Seru, Amit y Vig, Vikrant, *Did Securitization Lead to Lax Screening? Evidence from Subprime Loans*, Universidad de Michigan, 2008, página 28.

<sup>796</sup> *“Originating brokers had little incentive to perform due diligence and monitor borrowers’ credit worthiness, as most of the subprime loans originated by brokers were subsequently securitized. This phenomenon was aggravated by the incentive compensation system for brokers, based on the volume of loans originated, with few negative consequences for the brokers if the loan defaulted within a short period.”* Crouhy, Michel, Jarrow, Robert y Turnbull, Stuart, *The Subprime Credit Crisis of 07*, Bauer Collage of Business, Houston, 2008, página 11.

deudas hipotecarias), se hizo plenamente evidente, sin embargo, en el momento en que la Reserva Federal abandonó su política monetaria acomodaticia y los tipos de interés comenzaron una carrera alcista que llevó la FFR del 1 por 100 en junio de 2003 al 5,25 por 100 en junio de 2006. La tensión de los operadores, derivada de la incertidumbre sobre el volumen de pérdidas y sobre el grado de exposición de las distintas entidades, culminó en el verano de 2007 con el virtual cierre de los mercados mayoristas. El subsiguiente proceso de “desapalancamiento” de una economía extremadamente endeudada ha producido la mayor recesión en el producto real desde la Gran Depresión de los años 30.

### **8.3. El caso de España**

La génesis y desarrollo de la crisis financiera ha presentado en España ciertas modulaciones que justifican un análisis (y unas conclusiones) distintas a las norteamericanas.

Con carácter previo, debe señalarse que algunos de los “vicios” más graves del sistema norteamericano son totalmente ajenos a nuestra práctica financiera. Así:

- En España no ha existido, al menos significativamente, un sector bancario “en la sombra”. La actividad financiera española está, desde antiguo, altamente bancarizada, y así continúa en la actualidad (los volúmenes movilizados por figuras como los fondos de cobertura son poco significativos en relación con las cifras globales de financiación de la economía nacional). Ello supone que el núcleo de la intermediación financiera se realiza por entidades altamente reguladas y supervisadas lo que reduciría, al menos teóricamente, las probabilidades de una crisis sistémica. Naturalmente, desde el punto de vista negativo, dos son las consecuencias probables de este modelo de producirse una *crisis específicamente bancaria*: (1) la restricción de financiación será especialmente intensa (al no existir mecanismos alternativos de canalización del ahorro hacia la inversión); (2) el coste

previsible para el contribuyente será notablemente más elevado en caso de ser imprescindible la reconstitución de la base de capital de las entidades (por la sencilla razón de que los balances bancarios constituyen un porcentaje superior del PIB nacional).

- En España no existen figuras análogas a los promotores de hipotecas norteamericanos ("mortgage brokers"). Son, por el contrario, las propias entidades bancarias las que, a través de su densa red de oficinas, comercializan sus productos financieros y las que, en las operaciones activas, valoran la solvencia de los potenciales prestatarios. Ello supone, al menos teóricamente, un control más eficaz del riesgo de crédito.

- Las entidades españolas, con carácter general, no han recurrido a la técnica de "generar para distribuir", manteniendo, por el contrario, los préstamos concedidos en su propio balance. Cuestión distinta es que un porcentaje significativo de tales operaciones haya sido titulizada para su colocación entre inversores institucionales en los mercados de capitales.

- Las provisiones contracíclicas o dinámicas introducidas por el Banco de España han proporcionado un "colchón" de capital que ha permitido retrasar los efectos de la creciente morosidad sobre las cuentas de resultados de las entidades.

En consecuencia, ¿por qué la crisis financiera se manifiesta en España de forma intensa? ¿Cuáles son los canales de transmisión que han terminado por inducir una aguda contracción del crédito a empresas y familias y, como consecuencia de ello, un notable efecto recesivo sobre la economía real?<sup>797</sup>

---

<sup>797</sup> Ciertamente, la contracción del producto real que se manifiesta en el segundo semestre del 2008 responde a una pluralidad de causas. Sin embargo, creo que existe consenso en que la reducción crediticia, derivada de la restricción externa ha sido el factor decisivo que explica la rapidez y severidad del ajuste.

En mi opinión, la crisis financiera española (que es la principal causa de la crisis recesiva de la economía real) responde en su génesis a *idénticos condicionantes macroeconómicos* que la crisis norteamericana, si bien (1) la distinta posición en el ciclo de ambas economías ha motivado que se manifieste con cierto retraso o descalce temporal; (2) los diferentes condicionantes normativos e institucionales explican que ciertas *manifestaciones concretas* difieran (si bien, en sustancia, ambas crisis son coincidentes).

Efectivamente, la crisis financiera española es, al igual que la norteamericana, una crisis originada por el exceso de liquidez generado por los Bancos Centrales. Si en los Estados Unidos la Reserva Federal mantuvo una política monetaria extremadamente acomodaticia para afrontar las consecuencias recesivas del estallido de la burbuja tecnológica, en el caso español fue el BCE el que, a la vista del débil comportamiento de la economía alemana (y, en menor medida, de la francesa), mantuvo tipos de interés que, en el contexto de una inflación diferencial española, fueron negativos en términos reales durante buena parte de la primera década del nuevo siglo. A ello se sumó que el débil comportamiento de la economía alemana (que mantenía tasas de inversión extremadamente bajas) y la consolidación de las cuentas fiscales de los Estados de la UEM (que suponía una menor necesidad de endeudamiento público) restringieron en los países “centrales” la demanda de financiación, incrementando significativamente la liquidez ofertada en los mercados mayoristas europeos.

Este exceso de liquidez se “filtró” hacia varios de los países periféricos (en especial, España e Irlanda) que mantenían tasas de crecimiento más intensas y, por consiguiente, mayores demandas de financiación. En el caso específicamente español, ello se tradujo en un rápido deterioro de la posición deudora del país<sup>798</sup>

---

<sup>798</sup> Más propiamente de sus residentes.

contra el resto del mundo (en especial, contra otros países de la zona euro), deterioro que, desde el punto de vista de la contabilidad nacional, se expresó en un déficit por cuenta corriente anual en torno al 10 por 100 del PIB.

En este contexto, una serie de factores institucionales agravaron y realimentaron esta demanda de financiación exterior:

- La integración en la UEM eliminó el riesgo de cambio dentro de la eurozona lo que permitió a las entidades de crédito españolas acudir con seguridad a los mercados de capitales europeos para obtener la financiación demandada por los clientes domésticos (sumamente creciente en un contexto de tipos reales negativos).
  
- La necesidad de acudir a los mercados exteriores se vio acentuada por un cambio de política de las cajas de ahorros. Tradicionalmente, estas entidades se habían caracterizado por su capacidad para captar ahorro de forma extremadamente eficiente (a través de depósitos con baja remuneración). Sin embargo, las cajas, conscientes de sus dificultades para gestionar adecuadamente el riesgo de crédito (especialmente por la carencia de procedimientos de control interno adecuados), mantenían políticas de activo conservadoras, colocando sus excesos de liquidez en el mercado interbancario, donde era captada por los bancos (que, con carácter general, se encontraban en la situación contraria: sus depósitos no alcanzaban a cubrir la totalidad de sus operaciones activas). Sin embargo, durante los años 90 y, más acentuadamente, durante la primera década del siglo, las cajas expandieron notablemente su actividad crediticia lo que produjo dos clases de efectos: (1) En primer lugar, en relación con la solvencia agregada de la cartera crediticia. Ciertamente, como consecuencia del cambio de política, las rentabilidades obtenidas por las cajas de ahorros se incrementaron significativamente (como puso de manifiesto el notable aumento de sus beneficios), en la medida en que los tipos de activo cargados a familias y empresas eran muy

superiores a los obtenidos en el interbancario. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la baja remuneración del interbancario se justificaba precisamente por la solvencia de la contraparte (otras entidades de crédito). O en otros términos, la mayor rentabilidad obtenida por las cajas de ahorros al pasar a prestar a clientes finales suponía la asunción por aquéllas de mayores riesgos en sus carteras, aunque éstos no se hicieron inmediatamente evidentes en la parte alcista del ciclo (ésta en buena medida inducida por la propia exuberancia crediticia). (2) En segundo lugar, se produjeron efectos en relación con la liquidez global del sistema. Efectivamente, la contracción de la liquidez disponible en el interbancario español (por cuanto el tradicional “exceso” de liquidez de las cajas financiaba ahora la expansión de sus operaciones activas) obligó a los bancos a acudir al interbancario europeo para obtener la financiación requerida. Este proceso se acentuó en las fases finales de ciclo expansivo (en especial a partir de 2004) cuando un número significativo de cajas, como consecuencia de políticas de expansión sumamente agresivas, incurrieron ellas mismas en déficit de liquidez, acudiendo a su vez a los mercados mayoristas europeos (esto es, las cajas habían pasado en un periodo de tiempo extremadamente breve de oferentes a demandantes netos de liquidez en el interbancario). Este proceso se realimentó en la medida en que un volumen significativo de la financiación que sustentaba la expansión crediticia se obtenía precisamente a través de la titulización hipotecaria.

En definitiva, este proceso fragilizó notablemente al sistema financiero español desde dos perspectivas: (1) En primer lugar, desde el punto de vista de la liquidez, dado que el sistema se convierte en globalmente deficitario, cubriéndose dicho déficit en el interbancario europeo (lo que lo hacía extremadamente vulnerable a una posible perturbación de los mercados de capitales). (2) En segundo lugar, desde el punto de vista de la solvencia, por cuanto el exceso de liquidez llevó a una expansión notabilísima de los balances bancarios y a un marcado deterioro de las prácticas crediticias.

En este contexto, la crisis financiera desatada en agosto de 2007 impacta inicialmente en el sistema financiero español como una crisis de liquidez. Efectivamente, la restricción de los mercados mayoristas (que se transforma en verdadero cierre como consecuencia de la quiebra de Lehman Brothers<sup>799</sup>) dificulta la refinanciación de las operaciones pasivas de una serie de entidades de crédito españolas. A atender estas necesidades de liquidez responden las medidas de emergencia del Gobierno español en octubre de 2008 (en particular, el establecimiento del Fondo de Adquisición de Activos Financieros por Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre; véase infra).

Esta crisis inicial de liquidez supone la necesidad inmediata de reducir los balances bancarios (que devienen insostenibles ante la ausencia de financiación exterior). Este proceso de reducción se traduce globalmente en una aguda contracción del crédito a familias y empresas, lo que induce un proceso global de “desapalancamiento” o “desendeudamiento” de la economía española, con intensas consecuencias recesivas. En esta segunda fase, la crisis de liquidez se transforma en una crisis de solvencia, manifestada en un agudo incremento de los índices de morosidad de las entidades.

Es aquí dónde confluyen finalmente la crisis norteamericana y la española (conclusión lógica en la medida en que causas de ambas son en buena parte coincidentes). Ciertamente, el sistema financiero español resistió mejor que otros las fases iniciales de la crisis, pero, en mi opinión, ello no respondió a su solidez o solvencia intrínseca, sino simplemente a su menor exposición a la burbuja

---

<sup>799</sup> *“Following the Lehman default in September 2008, the financial crisis deepened and an international recession emerged as confidence evaporated, banking sector suffered increasing losses, housing markets turned in more countries and exports slumped in industrialized countries as well as emerging markets”.* Agnello, Luca, y Schuknecht, Ludger, *Booms and Busts in Housing Markets. Determinants and Implications*, Banco Central Europeo, Working Paper Series, No. 1071, Frankfurt, julio de 2009, página 7.



inmobiliaria norteamericana. Efectivamente, en la medida en que las entidades de crédito españolas no habían adquirido un porcentaje significativo de ABS, las minusvalías de éstas (derivadas de la insolvencia de un número significativo de deudores hipotecarios en los Estados Unidos) no impactaron negativamente en sus balances. Sin embargo, la falta de exposición al mercado norteamericano no respondió, creo, a una innata presciencia de los gestores bancarios españoles, sino a la circunstancia de ser las entidades de crédito españolas demandantes netas, y no oferentes, de financiación en los mercados de capitales. Así, a diferencia de los bancos alemanes que adquirían títulos norteamericanos para dar salida a su exceso de liquidez (consecuencia de una elevada tasa de ahorro interna, combinada con una baja demanda doméstica de crédito), las entidades españolas colocaban, no adquirían, titulizaciones hipotecarias. O en otros términos, nuestros bancos y cajas no participaron en la burbuja inmobiliaria norteamericana en la medida en que se estaban dedicando a financiar la burbuja inmobiliaria española. “Pinchada” ésta de forma abrupta como consecuencia de la restricción financiera, es previsible que se produzca sobre las carteras crediticias españolas (y, consiguientemente, sobre la solvencia de las entidades), efectos análogos a los observados en los Estados Unidos.

#### **8.4. Las medidas de emergencia**

La actuación de los gobiernos europeos en relación con la crisis financiera desatada se caracterizó inicialmente por una aguda descoordinación. La adopción sin previa consulta de medidas de emergencia que potencialmente podían afectar a los restantes Estados miembros encontró su manifestación más descarnada en la decisión unilateral del gobierno irlandés de garantizar de forma incondicionada e ilimitada durante un periodo de dos años los pasivos<sup>800</sup> de los seis principales

---

<sup>800</sup> Ello suponía que el Estado irlandés pasaba a garantizar aproximadamente 500.000 millones de euros. Para hacerse una idea de la magnitud de la cifra cabe señalar que el

bancos<sup>801</sup> del país, lo que, en un contexto de creciente nerviosismo de depositantes e inversores<sup>802</sup>, situaba en una clara situación de desventaja competitiva a las restantes entidades de crédito europeas. La coordinación mejoró, sin embargo, a partir de la reunión del ECOFÍN del 7 de octubre de 2008, que acordó unos principios comunes de acción<sup>803</sup>, refrendados en la posterior reunión de 12 de octubre de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona euro.

Por otra parte, la creciente coordinación se ha visto favorecida por la aplicación del régimen de control de ayudas de Estado (artículo 107 TFUE, antiguo artículo 87 TCE), que ha obligado a someter los planes de rescate a la aprobación de la

---

PIB del país se situaba en torno a los 190.000 millones y su deuda pública en 45.000 millones.

<sup>801</sup> Allied Irish Bank, Bank of Ireland, Anglo Irish Bank, Irish Life and Permanent, Irish Nationwide Building Society y Educational Building Society.

<sup>802</sup> Téngase en cuenta que esta decisión se comunicó a los mercados el 30 de septiembre de 2008. El 29 de septiembre el Gobierno británico había acordado la intervención de Bradford & Bingley, y los Gobiernos del Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo habían inyectado más de 10.000 millones de euros en Fortis.

<sup>803</sup> *“El apoyo prestado debe, por principio, ser temporal; los Estados miembros estarán atentos a los intereses de los contribuyentes; los accionistas existentes deberían soportar las consecuencias normales de las intervenciones; los Gobiernos deberían estar en condiciones de efectuar un cambio en la gestión; los miembros de la dirección no deberían conservar ventajas excesivas: los Gobiernos pueden tener, en particular, la posibilidad de intervenir por lo que se refiere a las retribuciones; deben protegerse los intereses legítimos de los competidores, en particular por medio de las normas que regulan las ayudas estatales; los efectos de propagación negativos deben evitarse”.*

Comisión Europea<sup>804</sup>, la cual ha forzado la modificación de algunas decisiones de los Estados miembros que entendía incompatibles con el mercado único.<sup>805</sup>

En este marco relativamente consensuado, las medidas del Gobierno español se han orientado sucesivamente a dos finalidades fundamentales<sup>806</sup>: inicialmente, a garantizar la liquidez de las entidades de crédito, en un contexto en el que el agudo desorden de los mercados internacionales de capitales dificultaba el acceso a la financiación imprescindible; posteriormente, a medida que la profundización de la crisis económica determinaba un marcado deterioro de la cartera de activos, al reforzamiento de los recursos propios con el fin de acometer procesos de integración y al establecimiento de un proceso ordenado de reestructuración de las entidades de crédito que presenten debilidades en su situación económico-financiera que pudieran poner en peligro su viabilidad.

#### (1) Las medidas iniciales

---

<sup>804</sup> Conforme al artículo 107.3.b) TFUE (antiguo artículo 87.3.b) TCE) la Comisión puede permitir ayudas estatales "destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro"

Véase, a este respecto la Comunicación de la Comisión 2008/C 270/02, de 13 de octubre de 2008, relativa a "la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial" (DOCE de 25 de octubre de 2008).

<sup>805</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión C(2008) 8629, de 12 de diciembre de 2008, relativa al programa alemán.

<sup>806</sup> Adicionalmente, se han elevado a 100.000 euros los importes garantizados de depósitos e inversiones (Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre).

Como hemos señalado, la crisis financiera se manifiesta inicialmente en España como una crisis de liquidez (a diferencia de otros países europeos, en los que la exposición a activos tóxicos norteamericanos, determina desde el principio la necesidad de adoptar decisiones de recapitalización y/o intervención de las entidades más afectadas). Consecuentemente, las medidas del Gobierno español en el otoño de 2008 se orientaron principalmente a facilitar el acceso de las entidades de crédito a los mercados de capitales, bien dotando a sus emisiones de la garantía del Estado, bien adquiriendo directamente activos financieros:

(a) Otorgamiento de avales a operaciones de financiación

El otorgamiento de garantías estatales, directas o indirectas, ha sido una respuesta habitual de los gobiernos europeos a la crisis financiera. Sin embargo, a diferencia de la garantía general e incondicionada del gobierno irlandés (o del sueco, en el contexto de la crisis bancaria que aquel país padeció en la década de los 90), los principales planes europeos han estado sometidos a importantes cautelas, orientadas fundamentalmente a proteger los intereses de los contribuyentes (evitando que se transfieran a éstos pérdidas que deben ser soportadas por los accionistas de las entidades<sup>807</sup>): (1) se trata de planes con cuantías máximas predeterminadas, aún cuando éstas puedan ser extremadamente elevadas (250.000 millones de libras el británico, 265.000 millones de euros el francés<sup>808</sup>,

---

<sup>807</sup> Ello es indispensable, no sólo por razones de equidad (pues, percibiendo los accionistas los dividendos en los tiempos buenos, deben asumir en los malos las pérdidas hasta el límite del valor de su inversión), sino también por motivos de disciplina de mercado (pues si existe la garantía implícita del Estado se reducen los incentivos para ejercer un control efectivo sobre los gestores) y de riesgo moral (pues la certidumbre de que el Estado asumirá las pérdidas puede fomentar las excesiva toma de riesgos).

<sup>808</sup> El Plan francés presenta ciertas particularidades. A diferencia de la mayor parte de los programas europeos (como el alemán, el británico o el holandés), en los que son las

200.000 millones de euros el holandés, 400.000 millones el alemán...); (2) los planes no suponen una garantía estatal general e incondicionada del total de los pasivos bancarios: las entidades han de solicitar expresamente que determinadas emisiones cuenten con la garantía pública<sup>809</sup>; (3) los planes no son retroactivos, esto es, no cubren la deuda viva, sino únicamente las emisiones sucesivas (lo que resulta lógico dado que se trata de fomentar el acceso de las entidades a nueva financiación, no de asegurar sus pasivos); (4) la garantía estatal no es gratuita, debiendo las instituciones beneficiarias abonar una retribución de mercado (fijada normalmente como un margen<sup>810</sup> o “spread” sobre el CDS<sup>811</sup> de la entidad emisora).

---

propias entidades de crédito las que emiten (si bien con la garantía del Estado), en Francia las emisiones son realizadas por la SFEF (Société de Refinancement de l'Economie Française – inicialmente denominada Société de Refinancement des Activités des Etablissements de Crédit, SRAEC), sociedad mixta público-privada (los principales bancos comerciales detentan el 66 por 100 del capital y el Estado francés el 34 por 100 restante; no obstante su posición minoritaria, los representantes estatales tienen poder de veto en relación con cualquier cambio en los estatutos o en la dirección de la sociedad o que pueda afectar a los intereses del Estado). Los fondos así obtenidos por la SFEF en los mercados de capitales son a su vez prestados a las entidades privadas contra prestación de garantía adecuada. Las autoridades francesas entienden que este sistema permite obtener financiación a menor coste dada la máxima calificación crediticia (triple A) de que gozan las emisiones de la SFEF.

<sup>809</sup> El programa norteamericano (Temporary Liquidity Guarantee Program, TLGP) es ligeramente distinto: la FDIC garantiza la deuda de las denominadas “eligible institutions” salvo que éstas opten expresamente por permanecer fuera del programa.

<sup>810</sup> Normalmente, 50 puntos básicos.

<sup>811</sup> Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que no se atiende al CDS de la entidad en el momento de la emisión sino a los CDS que podríamos denominar “históricos” o “normales” (habitualmente, la mediana de los CDS de los últimos cinco años). Ello resulta lógico pues

En España, el artículo 1 del Real Decreto-Ley 7/2008, de 13 de octubre<sup>812</sup>, autoriza el otorgamiento de avales del Estado a las operaciones de financiación nuevas que realicen las entidades de crédito<sup>813</sup> residentes en España<sup>814</sup>, entendiéndose por operaciones de financiación las emisiones de pagarés, bonos y obligaciones<sup>815</sup>

---

de atender a los CDS prevalentes en los mercados, el programa resultaría inútil (dado que su propósito es precisamente que las entidades puedan obtener financiación a tipos razonables en un contexto de mercados tensionados).

<sup>812</sup> Convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de octubre de 2008.

<sup>813</sup> Otros programas, como el británico, limitan la garantía a las emisiones de las entidades de depósito strictu sensu ("deposit-taking institutions").

<sup>814</sup> En el caso de filiales de entidades extranjeras se exigirá que desarrollen una "actividad significativa en España" (artículo 1.1, párrafo segundo); se trata de una cautela común (el programa británico exige que se trate de entidades "with a substantial business in the United Kingdom"). La Orden EHA/3364/2008, de 21 de noviembre, concreta que la entidad emisora deberá tener una cuota de, al menos, el uno por mil del total del epígrafe "2.4. Préstamos y créditos. Otros sectores" correspondiente a Residentes en España del estado UEM 1 del Boletín Estadístico del Banco de España.

<sup>815</sup> El Real Decreto-Ley preveía asimismo que el aval se podría extender, en su caso, a otros instrumentos bancarios, tales como los depósitos interbancarios, en el marco de un esquema concertado y coordinado entre los gobiernos de la zona euro (artículo 1.2, párrafo segundo). Sin embargo, esta posibilidad (que hubiera supuesto que los Estados asumieran el riesgo de contrapartida) no se ha hecho efectiva, disponiendo expresamente la Orden EHA/3364/2008, de 21 de noviembre, que "no se avalarán depósitos interbancarios" (artículo 3.b).

admitidas a negociación en mercados secundarios oficiales españoles con un plazo máximo de vencimiento de cinco años.<sup>816</sup>

**(b) Adquisición de activos financieros**

La adquisición de activos financieros ha sido un procedimiento empleado en varios países para afrontar o minimizar las consecuencias de la crisis financiera. Sin embargo, por su diverso objeto estas operaciones son reconducibles a dos grandes categorías: por un lado, las que intentan restablecer la situación patrimonial de las entidades de crédito mediante la transferencia al Estado de activos dañados o tóxicos; por otro, las que tienen por finalidad esencial facilitar financiación mediante la adquisición de activos sanos que, por las circunstancias anormales de los mercados, carecen de liquidez o se negocian a precios anormalmente bajos.

Las primeras, cuyo prototipo lo constituye el programa norteamericano TARP ("Troubled Assets<sup>817</sup> Relief Program"), se orientan, en consecuencia, al

---

<sup>816</sup> Con carácter general, sin embargo, el plazo de vencimiento de las operaciones garantizadas deberá estar comprendido entre los tres meses y los tres años siguientes a su emisión. La garantía de operaciones con un plazo de vencimiento de hasta cinco años será excepcional, debiendo acordarse por el Ministerio de Economía y Hacienda previo informe del Banco de España (artículo 3.c) de la Orden EHA/3364/2008, de 21 de noviembre).

<sup>817</sup> *"The term 'troubled assets' means— (A) residential or commercial mortgages and any securities, obligations, or other instruments that are based on or related to such mortgages, that in each case was originated or issued on or before March 14, 2008, the purchase of which the Secretary determines promotes financial market stability; and (B) any other financial instrument that the Secretary, after consultation with the Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System, determines the purchase of which is necessary to promote financial market stability, but only upon transmittal of such determination, in writing, to the appropriate committees of Congress."* Sección 3.9 de la "Emergency Economic Stabilization Act" de 3 de octubre de 2008.

saneamiento de los balances bancarios, como precondition para la reactivación del crédito. Sin embargo, estos programas han presentado un éxito limitado, dadas las casi insuperables dificultades para realizar una valoración de los activos que no suponga la asunción por el Estado de pérdidas que deberían ser soportadas por los accionistas de las entidades de crédito. Estas dificultades de valoración han intentado ser resueltas por la nueva Administración norteamericana a través de la participación de socios privados<sup>818</sup> en el nuevo programa PPIP ("Legacy Securities Public-Private Investment Program")<sup>819</sup>, aunque se mantiene la incertidumbre sobre su impacto final sobre el contribuyente.<sup>820</sup>

---

<sup>818</sup> *"The Public-Private Investment Program will be designed around three basic principles: Maximizing the Impact of Each Taxpayer Dollar: First, by using government financing in partnership with the FDIC and Federal Reserve and co-investment with private sector investors, substantial purchasing power will be created, making the most of taxpayer resources. Shared Risk and Profits With Private Sector Participants: Second, the Public-Private Investment Program ensures that private sector participants invest alongside the taxpayer, with the private sector investors standing to lose their entire investment in a downside scenario and the taxpayer sharing in profitable returns. Private Sector Price Discovery: Third, to reduce the likelihood that the government will overpay for these assets, private sector investors competing with one another will establish the price of the loans and securities purchased under the program."* Public-Private Investment Program Fact Sheet, Departamento del Tesoro.

<sup>819</sup> *"Under this program, Treasury will invest up to \$30 billion of equity and debt in PPIFs established with private sector fund managers and private investors for the purpose of purchasing legacy securities. Thus, Legacy Securities PPIP allows the Treasury to partner with leading investment management firms in a way that increases the flow of private capital into these markets while maintaining equity "upside" for US taxpayers."* Comunicado conjunto del Secretario del Tesoro, del Presidente de la Reserva Federal y de la Presidenta de la FDIC de 8 de julio de 2009.

<sup>820</sup> Desde esta perspectiva, destacados economistas como Jeffrey Sachs han criticado abiertamente los planes de adquisición de activos de la nueva Administración



Por el contrario, las medidas de adquisición de instrumentos financieros acordadas por el Gobierno español en octubre de 2008 se han dirigido esencialmente a dotar de liquidez a determinados activos de calidad para los que, circunstancialmente, no existe demanda en los mercados de capitales. Con este propósito, el Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre, crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros (FAAF)<sup>821</sup>, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Economía, con la finalidad de apoyar la oferta de crédito a la actividad productiva de empresas y a los particulares mediante la adquisición de activos financieros (artículo 1.1). El FAAF, dotado con cargo a los PGE con un importe de 30.000 millones de euros (artículo 2.1) invertirá en instrumentos financieros emitidos por entidades de crédito y Fondos de Titulización, respaldados por créditos concedidos a particulares, empresas y no financieras (artículo 4.1).<sup>822</sup>

El mecanismo previsto en el Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre, no se orienta, en consecuencia, a “sanear” los balances de las entidades de crédito españolas, pues su exposición a los activos “tóxicos” norteamericanos es limitada,

---

norteamericana: *“The Geithner-Summers plan, officially called the public/private investment program is a thinly veiled attempt to transfer up to hundreds of billions of dollars of US taxpayer funds to the commercial banks, by buying toxic assets from the banks at far above their market value”*. Sachs, Jeffrey, *Obama's Plan could rob the taxpayer*, publicado en el Financial Times el 25 de marzo de 2009.

<sup>821</sup> A diferencia del FROB, que veremos inmediatamente, el FAAF no tiene personalidad jurídica, por lo que su régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control será el previsto en la LGP para los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado.

<sup>822</sup> Para los procedimientos de selección de activos (subastas), véase la Orden EHA/3118/2008, de 31 de octubre.

sino a facilitar su financiación, como pone de manifiesto el hecho de que únicamente se autoriza al FAAF la inversión en instrumentos financieros “de máxima calidad” (artículo 4.3), concepto éste que se ha concretado<sup>823</sup> en una calificación triple A para las compras en firme<sup>824</sup> y doble A para las compraventas dobles o simultáneas.<sup>825</sup>

Sin embargo, estas medidas limitadas, acordadas en el otoño de 2008 en un contexto en el que la crisis financiera internacional impacta en España fundamentalmente a través de la restricción de la liquidez, se han mostrado crecientemente insuficientes ante la profundización de la crisis económica, que hace imperativa la adopción de una estrategia de reestructuración del sistema bancario español, tanto para reducir el exceso de capacidad instalada, como para afrontar las consecuencias de la creciente morosidad sobre la solvencia de las entidades.

## (2) Las medidas de reestructuración bancaria

---

<sup>823</sup> Véanse las Directrices de Inversión del Fondo de Adquisición de Activos Financieros, acordadas por su Consejo Rector en su primera reunión de 27 de octubre de 2008 (BOE de 3 de noviembre de 2008).

<sup>824</sup> Mediante compras en firme pueden adquirirse cédulas hipotecarias y bonos de titulización de activos respaldados por cédulas hipotecarias, emitidos o que se emitan con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre.

<sup>825</sup> Mediante operaciones de compraventa dobles pueden adquirirse cédulas hipotecarias, bonos de titulización de activos y bonos de titulización hipotecaria, respaldados por créditos concedidos a particulares, empresas y entidades no financieras, emitidos o que se emitan a partir del 1 de agosto de 2007.

El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, ha creado el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)<sup>826</sup> con un doble objeto (v. artículo 1.2): (a) gestionar los “procesos de reestructuración” de las entidades de crédito (artículos 6 a 8), novedoso régimen que se yuxtapone al previsto en la LDIEC (a la que, no obstante, se remite en ocasiones); (b) contribuir a reforzar los recursos propios de las entidades de crédito (artículo 9).

(a) Los procesos de reestructuración bancaria

El presupuesto de hecho del proceso de reestructuración previsto en el Real Decreto-ley es la existencia de debilidades en la situación económico-financiera de una entidad de crédito<sup>827</sup> que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pudieran poner en peligro su viabilidad (artículo 6).

Este presupuesto de hecho determina la obligación<sup>828</sup> de la entidad de crédito de informar con carácter inmediato al Banco de España, debiendo presentar en el

---

<sup>826</sup> El FROB gozará de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines (artículo 1.3). Su régimen de gobierno (caracterizado por el absoluto predominio del Banco de España) se encuentra regulado en el artículo 3.

En cierta medida, el FROB puede ser calificado, por las funciones que está llamado a desempeñar, como un “súper-Fondo de Garantía de Depósitos”.

<sup>827</sup> También resulta aplicable a los grupos o subgrupos consolidables de entidades de crédito (artículo 6.1). En lo sucesivo, las referencias a una entidad de crédito comprenderán asimismo a los grupos o subgrupos consolidables.

<sup>828</sup> Sin perjuicio del deber de la entidad de crédito de informar al Banco de España, éste puede imponer la presentación de un “plan de actuación” cuando estime que concurre el presupuesto de hecho del proceso de reestructuración: “*Cuando el Banco de España, a la vista del deterioro de los activos de una entidad de crédito, grupo o subgrupo consolidable*

plazo de un mes un “plan de actuación” en el que se concreten las medidas previstas para superar esta situación. El Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente<sup>829</sup> apoyará el plan presentado por la entidad<sup>830</sup>, pudiendo otorgar financiación el FROB en condiciones de mercado.

---

*de entidades de crédito, de sus recursos propios computables, de su capacidad para generar resultados recurrentes o de la confianza externa en su solvencia, concluya que aquella presenta debilidades en su situación económico-financiera que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pudieran poner en peligro su viabilidad y determinen la conveniencia de que acometa un proceso de reestructuración sin que la entidad en cuestión haya presentado el plan previsto en el apartado anterior, se lo comunicará a la misma, exigiéndole que en el plazo de 1 mes presente el plan allí exigido”* (artículo 6.2). En este punto resulta criticable que, en tales casos, el previo incumplimiento por la entidad de su deber de informar al Banco de España (artículo 6.1) no conlleve ningún tipo de responsabilidad.

<sup>829</sup> En Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro o en Cooperativas de Crédito.

<sup>830</sup> Así lo indica literalmente el párrafo tercero del artículo 6.1. Sin embargo, resulta evidente que el Fondo de Garantía de Depósitos no está obligado a apoyar el plan “presentado” por la entidad sino, en su caso, el “aprobado” por el Banco de España “que podrá incluir las modificaciones o medidas adicionales que considere necesarias para garantizar la superación de la situación de dificultad enfrentada por la entidad” (artículo 6.3). También parece imprescindible la aprobación del propio Fondo pues procederá la reestructuración ordenada de la entidad de crédito con intervención del FROB cuando el plan de actuación “estuviese condicionado a la intervención de un Fondo de Garantía de Depósitos en unos términos que dicho Fondo no hubiera aceptado” (artículo 7.1.b, véase infra). Sin embargo la posibilidad de que un Fondo rechace un plan de actuación aprobado por el Banco de España se antoja remota, dada la absoluta preponderancia de éste tanto en el FROB como en los Fondos de Garantía de Depósitos.

En los casos en que el “plan de actuación” no resulte practicable<sup>831</sup>, se procederá a la “reestructuración ordenada” con intervención del FROB, acordando el Banco de España la sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de la entidad afectada<sup>832</sup> (artículo 7.2). Sin embargo, esta medida de sustitución provisional presenta ciertas diferencias con la prevista en la LDIEC (que permanece, no obstante, subsistente):

(1) En primer lugar, su presupuesto de hecho es distinto: en la LDIEC se requiere que “la entidad se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia” (artículo 31.1); por el contrario, la sustitución regulada en el Real Decreto-ley 9/2009, únicamente precisa “la existencia de debilidades en la situación

---

<sup>831</sup> Así ocurrirá en los siguientes supuestos: (a) la entidad no presentara en plazo el plan de actuación o manifestara al Banco de España la imposibilidad de encontrar una solución viable para su situación; (b) el plan presentado no fuera viable, a juicio del Banco de España, para superar la situación de dificultad enfrentada por la entidad, o no se aceptasen por ésta las modificaciones o medidas adicionales incluidas por el Banco de España, o estuviese condicionado a la intervención de un Fondo de Garantía de Depósitos en unos términos que dicho Fondo no hubiera aceptado; (c) se incumplieran de forma grave por la entidad de crédito el plazo de ejecución o las medidas concretas contempladas en el plan de actuación aprobado previamente por el Banco de España de modo que se ponga en peligro la consecución de sus objetivos; (d) se incumplieran de forma grave por la entidad de crédito alguna de las medidas concretas contempladas en un plan para retornar al cumplimiento de las normas de solvencia (artículo 75 del Real Decreto 216/2008, de recursos propios de las entidades financieras) aprobado previamente por el Banco de España, de modo que se ponga en peligro la consecución de sus objetivos.

<sup>832</sup> El Banco de España podrá también acordar cualesquiera otras medidas cautelares que estime oportuno al amparo de lo establecido en la LDIEC y demás normas que resulten de aplicación.

económico-financiera de una entidad de crédito que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pudieran poner en peligro su viabilidad” (artículo 7.1 en relación con el artículo 6). Consecuentemente, no resulta exigible un “peligro evidente” (STS de 14 de marzo de 2006, interpretando el artículo 31.1 LDIEC), bastando la mera posibilidad<sup>833</sup> de un peligro futuro<sup>834</sup> para la viabilidad de la entidad. No obstante, resulta evidente que esta posibilidad ha de ser racionalmente probable, pues en otro caso, la decisión de sustitución debería reputarse arbitraria o irrazonable, siendo revisable en vía jurisdiccional.<sup>835</sup> Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque el presupuesto de hecho de la “reestructuración ordenada” es, en principio, menos exigente que el de la LDIEC, aquélla tiene carácter subsidiario (esto es, únicamente procede en los casos en que el “plan de actuación” no resulta practicable, v. supra) de modo que el Tribunal, al valorar la procedencia de la medida de sustitución, deberá asimismo verificar la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 7.1 del Real Decreto-ley.

(2) En segundo lugar, el Banco de España designará como administrador provisional al FROB<sup>836</sup> (artículo 7.2.a), el cual elaborará un informe detallado sobre

---

<sup>833</sup> En este punto creo que resulta altamente expresiva la utilización en el Real Decreto-ley 9/2009 del subjuntivo “pudiera”, frente al indicativo “ponga” del artículo 31.1 LDIEC.

<sup>834</sup> Peligro “futuro”, no actual, en la medida en que se hace referencia expresa al “desenvolvimiento de las condiciones de los mercados”, desenvolvimiento que necesariamente ha de producirse en un momento posterior a la adopción de la medida de sustitución.

<sup>835</sup> Sin embargo, el Tribunal no puede sustituir el juicio discrecional de la Administración (STS de 3 de octubre de 2006, RJ 2006/6651).

<sup>836</sup> Por el contrario, en la LDIEC el acuerdo de sustitución designará la persona o personas que hayan de actuar como administradores provisionales, e indicará si tales personas deben actuar conjunta, mancomunada o solidariamente (artículo 34.1).

la situación patrimonial y la viabilidad de la entidad y someterá a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración<sup>837</sup> de la entidad que permita la superación de la situación de dificultad en que se encuentre (artículo 7.2.b)<sup>838</sup>.

El “plan de reestructuración” puede prever dos tipos de medidas: (1) la fusión de la entidad afectada con otra u otras de reconocida solvencia (por absorción o mediante la creación de una nueva entidad de crédito); (2) el traspaso parcial o total de su negocio a otra u otras entidades a través de la cesión global o parcial de sus activos y pasivos mediante procedimientos que aseguren la competencia, como, entre otros, el sistema de subasta.

---

<sup>837</sup> El plan de reestructuración detallará las medidas de apoyo en que se concretará, en su caso, la intervención del FROB y que podrán ser, entre otras, las siguientes: (a) medidas de apoyo financiero, que podrán consistir, entre otras, en concesión de garantías, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, adquisición de cualquier tipo de activos que figuren en el balance de la entidad, suscripción o adquisición de cualesquiera valores representativos de recursos propios y cualesquiera otros apoyos financieros tendentes a facilitar procesos de fusión o absorción con otras entidades de reconocida solvencia o el traspaso total o parcial del negocio a otra entidad así como la adopción por los órganos correspondientes de la entidad afectada de los acuerdos necesarios a tal fin; y b) medidas de gestión que mejoren la organización y los sistemas de procedimiento y control interno de la entidad (artículo 7.2).

<sup>838</sup> Simultáneamente, el FROB elevará a la Ministra de Economía y Hacienda una memoria económica en la que se detalle el impacto financiero del plan de reestructuración presentado sobre los fondos aportados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La Ministra de Economía y Hacienda podrá, motivadamente, oponerse en el plazo de diez días desde que le sea elevada dicha memoria (artículo 7.2).

Estas medidas no requerirán “ninguna autorización administrativa ulterior en el ámbito de la ordenación del crédito y la banca, salvo aquellas exigidas por la legislación en materia de defensa de la competencia” (artículo 8.2) <sup>839</sup>. Aunque este precepto ha resultado altamente polémico, dada la existencia de legislación autonómica que exige la previa autorización de la Comunidad Autónoma competente para los procesos de fusión o absorción de cajas de ahorros, entiendo que resulta constitucionalmente viable en presencia del evidente interés supra-autonómico de preservar la estabilidad del sistema crediticio nacional en un contexto de aguda crisis financiera (v. STC 235/1999, de 16 de diciembre).

(b) El reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito

El Real Decreto-ley 9/2009 autoriza al FROB para proceder a la adquisición de títulos emitidos por entidades de crédito residentes en España. Sin embargo, esta habilitación queda sujeta a dos límites:

(1º) El primero negativo: las entidades emisoras no han de estar incurso en las circunstancias establecidas en el artículo 6 (las tan mencionadas “debilidades en la situación económico-financiera de una entidad de crédito que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pudieran poner en peligro su viabilidad”) pues, en tal caso, procede la presentación de un “plan de actuación”

---

<sup>839</sup> El Real Decreto-ley se limita a establecer que “el Banco de España, con carácter previo a aprobar el plan correspondiente, solicitará informe a la Ministra de Economía y Hacienda o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en que tengan su domicilio las cajas de ahorros y, en su caso, las cooperativas de crédito involucradas. Dichos informes deberán ser remitidos en el plazo de diez días” (artículo 8.3).



(artículo 6) o, subsidiariamente, la “reestructuración ordenada” de la entidad (artículo 7)<sup>840</sup>.

(2º) El segundo límite es de carácter positivo: el FROB únicamente adquirirá títulos emitidos por entidades de crédito que “necesiten reforzar sus recursos propios *con el fin exclusivo de llevar a cabo entre sí procesos de integración*” (artículo 9.1). Como hemos señalado anteriormente, las políticas monetarias mantenidas durante la última década, tanto en Estados Unidos (por la FED), como en Europa (por el BCE), determinaron un explosivo crecimiento de la oferta de crédito y, consiguientemente, de las estructuras de las entidades. El proceso actual de “desendeudamiento” o “desapalancamiento” de la economía, junto a sus efectos recesivos sobre la producción y el empleo, determina una aguda reducción del negocio financiero y, como consecuencia inevitable, un “exceso de capacidad instalada” en la industria bancaria, “exceso” que es particularmente significativo en España dadas las agresivas políticas de expansión territorial acometidas en los últimos años por las cajas de ahorros. En este contexto, la adquisición de títulos por el FROB se configura como un instrumento de “reconversión industrial” (si se permite el símil) orientado a “adecuar la capacidad instalada y las estructuras de costes de las entidades a un entorno en el que la demanda de servicios financieros será más moderada” (de la Exposición de Motivos).

#### Valoración crítica del Real Decreto-ley 9/2009

---

<sup>840</sup> Ello será así aún cuando las circunstancias se produzcan de forma sobrevenida: “Si, como consecuencia de la evolución de la situación económico-financiera de la entidad resultante del proceso de integración o del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, el plan de integración no pudiera llevarse a cabo y la entidad se encontrase en la situación prevista en el artículo 6 de este real decreto-ley, se aplicará a dicha entidad lo dispuesto en el artículo 7, debiendo preverse en los planes que, con arreglo a ese artículo, se aprueben lo que proceda respecto de los títulos suscritos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria” (artículo 9.8).

Las medidas de reestructuración bancaria se han aprobado en España con un notable retraso respecto de otros países europeos. Como hemos señalado reiteradamente, ello se ha debido fundamentalmente al hecho de que las entidades de crédito españolas, a diferencia de las de otros Estados miembros, no presentaban una exposición significativa a los activos "tóxicos" norteamericanos, por lo que, inicialmente, únicamente fue necesaria la adopción de medidas orientadas a asegurar el acceso a la liquidez.

Sin embargo, el marcado deterioro de las carteras de activos (cuya manifestación más indiscutible es el rápido crecimiento de la morosidad) ha obligado a arbitrar un mecanismo excepcional, el FROB, con la misión institucional de apoyar, no ya la liquidez, sino la misma solvencia del sistema crediticio español.

En este contexto, cabe preguntarse, ¿por qué se crea dicho mecanismo excepcional? La respuesta que nos da la Exposición de Motivos es la siguiente: "para poder llevar a cabo la estrategia necesaria en materia de reestructuración bancaria mediante el establecimiento de un proceso predeterminado que se dirige a incrementar la fortaleza y solvencia del sistema bancario español", lo que presupone, lógicamente, que el marco legislativo existente no permitiría cumplir adecuadamente estas finalidades. Sin embargo, lo cierto es que: (1) la LDIEC ya atribuye al Banco de España intensísimas potestades de intervención, que han sido confirmadas por los Tribunales aún en casos extremadamente contenciosos<sup>841</sup>; (2) los Fondos de Garantía de Depósitos disponen de una amplísima panoplia de instrumentos para reestablecer la situación patrimonial de las entidades.<sup>842</sup>

---

<sup>841</sup> Muy en particular en el caso BANESTO (STS de 14 de marzo de 2006, RJ 2006/1637).

<sup>842</sup> Como señalamos anteriormente (véase apartado 4.2), el plan de actuación de la entidad en crisis, siempre que contenga ayudas de un Fondo de Garantía de Depósitos, podrá comprender las siguientes actuaciones: (a) Ayudas financieras, que podrán consistir en

Por ello, creo que la motivación del FROB no radica tanto en una supuesta inadecuación de los instrumentos o facultades del supervisor financiero, como en la extensión de la crisis misma: el régimen de intervención de la LDIEC y los Fondos de Garantía de Depósitos están diseñados para afrontar situaciones puntuales de inestabilidad, iliquidez o insolvencia, no una crisis sistémica como la que, en la actualidad, afecta, o puede potencialmente afectar, al conjunto del sistema crediticio español.<sup>843</sup> Ello supone que, aunque los Fondos de Garantía de Depósitos disponen de los *instrumentos jurídicos*, carecen de los *recursos económicos* para

---

ayudas a fondo perdido, concesión de garantías, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, adquisición por el Fondo de activos dañados o no rentables que figuren en el balance de la entidad y cualesquiera otros apoyos financieros. (b) Reestructuración del capital de la entidad, que podrá conllevar, entre otras medidas, la adecuada aplicación de los recursos propios de la entidad para absorber sus pérdidas, atendiendo a la singularidad de cada caso; facilitar procesos de fusión o absorción con otras entidades de reconocida solvencia o el traspaso de su negocio a otra entidad de crédito; suscripción de ampliaciones de capital, y la adopción por los órganos correspondientes de la entidad afectada de todos aquellos acuerdos que aseguren la adecuada aplicación de las ayudas prestadas por el Fondo de Garantía de Depósitos respectivo. (c) Medidas de gestión que mejoren la organización y los sistemas de procedimiento y control interno de la entidad.

<sup>843</sup> Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley: "(...) la situación actual no puede calificarse de normal y aunque es previsible que las entidades susceptibles de entrar en dificultades no tengan, individualmente por su tamaño, carácter sistémico, la consideración conjunta de sus problemas de viabilidad sí podría llegar a generar un potencial riesgo sistémico (...). Esta resolución desordenada podría producir contagio, pérdida de confianza y una restricción adicional del crédito, afectando a la capacidad del sistema financiero de cumplir sus funciones económicas y produciendo, en definitiva, lo que se conoce como riesgo sistémico."

afrontar la extensión de los problemas de solvencia que pueden aquejar previsiblemente a un número significativo de entidades de crédito españolas (como reconoce, con notable franqueza, la propia Exposición de Motivos al señalar “la existencia de un *quebranto difícil de asumir por el sector* a través de los tres Fondos de Garantía de Depósitos”).

Consecuentemente, la “ratio” fundamental del novedoso “proceso de reestructuración” no radicaría tanto en la atribución de nuevas potestades a la Administración crediticia para reordenar el mapa bancario español, como en la necesidad de transferir ingentes recursos públicos a un sistema financiero que presenta graves problemas de solvencia. El FROB se crea con una dotación de 9.000 millones de euros (artículo 2.2), de los cuales tres cuartas partes son aportados por el Estado, pudiendo endeudarse adicionalmente hasta diez veces su dotación (artículo 2.5). Se trata de cifras extraordinariamente elevadas (99.000 millones de euros se situarían en torno al 10 por 100 del PIB español)<sup>844</sup> que, de ser utilizadas en su integridad, situarían el coste de esta crisis bancaria entre los más elevados históricamente.

Ello no obstante, el Real Decreto-ley 9/2009 mantiene la tesis, podríamos denominar “oficial”, que atribuye la causa de las dificultades de las entidades de crédito españolas a factores puramente exógenos: “A comienzos de la actual crisis financiera internacional, las entidades de crédito españolas gozaban de una buena salud financiera (...). No obstante, el sistema bancario español no ha sido inmune a esta crisis, en la medida que supuso, desde sus comienzos, un drástico endurecimiento del acceso a la financiación de mercado y a la liquidez, a lo que se

---

<sup>844</sup> Según EUROSTAT, el PIB español en 2008 alcanzó 1.095.200 millones de euros. Dada la recesión que sufre la economía español (con un dato de contracción del producto superior al 4 por 100 interanual) la cifra será inferior, con seguridad, al final del presente ejercicio. Véase, EUROSTAT, EU Economic Data Pocketbook, Bruselas, 2008, página 10.

fue uniendo, a medida que la crisis se prolongaba en el tiempo, un deterioro de activos, especialmente de aquellos relacionados con la exposición al sector de promoción inmobiliaria” (de la Exposición de Motivos). Por el contrario, en mi opinión, a pesar de que la crisis internacional ha determinado ciertamente un endurecimiento del entorno financiero, las causas de las dificultades actuales de las entidades de crédito españolas son fundamentalmente endógenas: la acusada exposición a un mercado inmobiliario doméstico manifiestamente sobrevalorado (en buena medida como consecuencia de la propia expansión de las operaciones activas de las entidades), el deterioro de los estándares crediticios (con financiaciones superiores al 100 por 100 de los valores de tasación), o el recurso creciente a la financiación de los mercados de capitales (con la consiguiente vulnerabilidad a un entorno de agudo incremento de las primas de riesgo), no han respondido a decisiones empresariales adoptadas en Nueva York o Londres.

Por otra parte, a la luz de los elevados costes que para el contribuyente supone la creación del FROB, no puede sino resultar sorprendente que continúen en vigor las Órdenes Ministeriales de 14 de febrero de 2002 en virtud de las cuales se redujeron las aportaciones ordinarias de las entidades de crédito a sus respectivos Fondos de Garantía de Depósitos.<sup>845</sup> Esto es, no sólo se aportan al saneamiento del sector bancario vía PGE 6.750 millones de euros (más la posibilidad de emitir hasta 90.000 millones adicionales con la garantía del Estado), excepcionando el régimen de aportaciones extraordinarias o derramas (previsto con carácter general para los supuestos en los que el patrimonio de los Fondos alcance valores negativos, artículo 3.5 RFGD), sino que se mantiene la excepcional reducción de aportaciones adoptada, como señalan las Órdenes del 2002, a la vista de “la situación

---

<sup>845</sup> Como señalamos anteriormente (véase apartado 4.2), la aportación ordinaria del 2 por 1.000 de los depósitos (artículo 3 del Real Decreto-ley 18/1982) se redujo, mediante Órdenes del Ministro de Economía de 14 de febrero de 2002, al 1 por 1.000 para las cooperativas de crédito (Orden ECO/316/2002), el 0,4 por 1.000 para las cajas de ahorros (Orden ECO/317/2002) y el 0,6 por 1.000 para los bancos (ECO/318/2002).

patrimonial alcanzada por el mencionado Fondo, y las perspectivas del sector", situación y perspectivas que, huelga decirlo, no concurren en la actualidad.

En este marco, el Real Decreto-ley no sólo se "superpone" al régimen de intervención de la LDIEC, con pésima técnica legislativa, sino que se encuentra totalmente huérfano de medidas estructurales orientadas a prevenir la reiteración de las malas prácticas bancarias que han contribuido a que la crisis presente en España una especial gravedad. Ciertamente, no resulta previsible que tales medidas se adopten en un futuro inmediato en tanto se mantenga la ficción de un "sector bancario español, tradicionalmente sujeto a una regulación y supervisión basadas en una aplicación prudente y rigurosa de los estándares internacionales", no obstante lo cual, nosotros dedicaremos a estas posibles medidas estructurales el siguiente apartado.

#### **8.5. Posibles medidas estructurales. Hacia una nueva regulación bancaria**

Como hemos visto, las medidas adoptadas hasta el momento se han dirigido, inicialmente, a facilitar la imprescindible liquidez a las entidades en un contexto de agudo desorden de los mercados de capitales y, con posterioridad, a ordenar el inevitable proceso de reestructuración bancaria derivado del deterioro de las carteras de activos y del exceso de capacidad instalada.

Por el contrario, no se adivinan aún en nuestro país esfuerzos serios para repensar la vigente regulación de las entidades de crédito, a pesar de que la extensión e intensidad de las perturbaciones han puesto de manifiesto, más allá de cualquier duda razonable, la grave inadecuación del actual marco regulatorio. Ciertamente, en un contexto de intensa globalización financiera, el margen para medidas puramente nacionales es estrecho, margen que en el caso español, se ve adicionalmente reducido por nuestra inserción en la Unión Europea. Sin embargo, creo que es imprescindible reflexionar sobre algunas líneas de reforma de la

legislación crediticia que prevengan la posibilidad de una nueva crisis tan dañina como la actual, por cuanto: (1º) los estándares internacionales (en particular, los principios del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea) y la normativa comunitaria (con mención especial de las Directivas de coordinación bancaria) responden en su elaboración a las posiciones adoptadas por los distintos gobiernos nacionales; sería conveniente que España pudiera jugar un papel constructivo en la imprescindible reconstrucción de un nuevo consenso internacional que, creo, es inevitable; naturalmente, ese papel únicamente podrá jugarse si, con carácter previo, se hace un análisis crítico de los errores normativos y supervisores que han conducido (o cuando menos, no han prevenido) la actual crisis; en este punto soy, sin embargo, pesimista: en tanto se mantenga la actual ausencia de autocrítica, conforme a la cual la crisis es específicamente “anglosajona” en su génesis, resultara improbable que podamos hacer una contribución productiva; (2º) aunque, ciertamente, la creciente integración de los mercados financieros internacionales ha reducido el margen para la adopción de medidas puramente “domésticas”, este margen sigue existiendo, como ponen de manifiesto decisiones, discutidas en su momento, como la obligación de dotar provisiones “dinámicas” o “contra-cíclicas”, provisiones que, en definitiva, han reforzado notablemente la capacidad de las entidades de crédito españolas para afrontar la crisis<sup>846</sup>; naturalmente, el ejercicio de este margen implica la adopción de medidas que pueden resultar controvertidas en un determinado momento al reducir la rentabilidad *a corto plazo* de las instituciones financieras (aunque, como pone de relieve el ejemplo de las provisiones dinámicas, se mantenga invariable su rentabilidad *a medio plazo*, al obligar a provisionar las pérdidas *estadísticamente previsibles* a lo largo del ciclo); en este punto, resulta indispensable resistir el “mantra” de la “desventaja competitiva”, que conduce inevitablemente a igualar nuestros requisitos

---

<sup>846</sup> Este reconocimiento es compatible, creo, con la convicción de que tales provisiones resultan exiguas a luz de la extraordinaria expansión del crédito que se produjo; o en otros términos, se ha tratado de una medida útil aunque en mi opinión insuficiente.

prudenciales a los del país menos exigente, en un fenómeno indefinidamente realimentado de “competencia en la laxitud”.

Este proceso de reflexión sobre el futuro del derecho bancario tiene que partir, a mi entender, de una nota esencial, con frecuencia olvidada en los últimos años por las políticas de desregulación: el carácter necesariamente servicial del sistema financiero respecto de la economía real. Si el costosísimo salvamento a costa del contribuyente de las entidades de crédito que han devenido insolventes como consecuencia de graves errores de gestión se fundamenta precisamente en su carácter esencial para la economía real (o en otros términos, en la imposibilidad de “dejarlas caer” sin grave quebranto para empresas y familias), este principio debe aplicarse también con carácter previo en el diseño del marco normativo e institucional en que operan dichas entidades. Esto es, debe aceptarse de forma natural que la banca no es negocio normal, tanto por la importancia intrínseca de las funciones que cumple en una economía desarrollada, como, negativamente, por los ingentes costes sociales asociados a la asunción de riesgos excesivos. Ello supone que, no sólo el ejercicio del comercio bancario debe estar sometido a cautelas y restricciones impensables e inconvenientes en otros sectores de la actividad económica, sino que la misma legislación reguladora de las entidades de crédito no debe orientarse tanto a fomentar su rentabilidad, como a asegurar que la banca cumple de forma satisfactoria, previsible y estable su misión institucional de canalizar el ahorro hacia la inversión.

Partiendo de esta premisa esencial, vamos, a continuación, a analizar una serie de puntos de la regulación<sup>847</sup> bancaria que estimamos necesitados de revisión,

---

<sup>847</sup> La posible virtualidad de la “autorregulación” en este ámbito es, en mi opinión, extremadamente limitada, dada la existencia de fuertes incentivos en los operadores para asumir riesgos crecientes. No obstante, para un reciente análisis de la denominada “autorregulación regulada” en el contexto de la actual crisis financiera, véase Darnaculleta i Gardella, M. Mercé, *La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de*



anticipando, en algunos casos, las líneas de reforma que entendemos más favorables para el interés general:

- La coordinación bancaria comunitaria. Como hemos señalado anteriormente, el proceso europeo de integración en el ámbito del sector crediticio se ha basado en las tres últimas décadas en los principios de reconocimiento de una autorización única, válida para toda la Comunidad, y de supervisión prudencial por el Estado miembro de origen. Esta estrategia posibilista, que permitió superar el fracaso del proyecto de 1972, ha mostrado, sin embargo, todas sus limitaciones en la actual crisis financiera. En particular, el entramado normativo e institucional europeo se ha revelado incapaz de articular a priori una respuesta reglada, o al menos estructurada, a las situaciones de dificultad que han afectado a ciertas grandes entidades con presencia simultánea en varios Estados miembros. En estos supuestos, cuyo paradigma es el “caso Fortis”, ha sido necesario recurrir a

---

*la economía*, Revista General de Derecho Administrativo, número 20. Madrid, marzo de 2009.

Por su parte, Esteve Pardo ha puesto de manifiesto el carácter “defensivo” que la autorregulación puede adquirir: “(...) *la autorregulación, sobre todo alguna de sus manifestaciones más características, es una reacción ante una mayor exigencia e intensificación de las leyes y normas jurídicas. Así el endurecimiento de la legislación (...) conduce a que las propias empresas y organizaciones sujetas a esta legislación cada vez más exigente y con reacciones duras ante las infracciones –entre las que se contempla con cierta frecuencia la reacción penal- establezcan sus propios sistemas de autocontrol y autorregulación, para detectar y corregir con carácter preventivo posibles irregularidades o presentar una imagen que evite la aplicación de los elementos más duros y de reacción ante incumplimientos de esa legislación estatal.*” Esteve Pardo, José, *La regulación de la economía desde el Estado garante*, en *La autonomía municipal, Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Ed. Aranzadi, 2007, página 117.

acuerdos improvisados entre los Gobiernos intervinientes, dada la inexistencia de un procedimiento comunitario articulado de intervención de las entidades de dimensión paneuropea.

Por otra parte, la amplitud de la crisis ha puesto de manifiesto los riesgos que asume el Estado de acogida al permitir la captación de depósitos por parte de entidades domiciliadas y, consiguientemente, supervisadas en el extranjero (siendo el denominado “caso Icebank” el de mayor relevancia pública)<sup>848</sup>. Aún cuando las obligaciones resultantes de una eventual situación de insolvencia de la matriz resulten *legalmente* imputables al Estado de origen de la entidad, no cabe duda que la situación de los depositantes es de la máxima relevancia para el Estado de acogida, que, por una variedad de razones, no puede considerarlo como un problema exclusivamente ajeno (o en otros términos, el Estado de acogida se verá obligado *de facto* a asumir la protección de sus depositantes si el Estado de origen se niega o no se encuentra en condiciones de hacerlo).<sup>849</sup>

---

<sup>848</sup> Icebak era el más importante de los bancos islandeses. Esta entidad venía captando, vía Internet, importantes depósitos en diversos Estados de la Unión Europea (especialmente el Reino Unido y los Países Bajos). Intervenido el banco por el gobierno islandés, éste estaba obligado como Estado de origen de la entidad a garantizar los depósitos captados en la UE, como consecuencia de la integración de Islandia en el Espacio Económico Europeo (EEE). Sin embargo, la extraordinaria dimensión de los pasivos del sector bancario islandés en relación con la economía nacional planteaba serias dudas sobre la capacidad fiscal del Estado de aquel país para hacer honor a sus compromisos.

<sup>849</sup> Estos supuestos, que parecían meramente teóricos e inverosímiles, han devenido reales en el caso islandés. El Estado de aquel país únicamente se ha comprometido a indemnizar a los depositantes no residentes tras recibir financiación de los Gobiernos británico y neerlandés (esto es, aún habiendo aceptado el gobierno islandés cumplir con sus compromisos – lo que estuvo en duda en un contexto de agria contestación social – los Estados de acogida han tenido que involucrarse en la solución, asumiendo parte del coste).

En este contexto, parece imprescindible repensar el existente marco comunitario de coordinación bancaria, al menos en lo referente a las grandes entidades con presencia simultánea en una pluralidad de Estados miembros. En mi opinión, dos soluciones netamente divergentes resultan posibles: (1ª) atribuir su supervisión a una autoridad supranacional o intergubernamental; o, más realistamente, a mi entender, (2ª) exigir que las entidades constituyan un vehículo societario específico en cada Estado miembro, que quedaría sometido a la supervisión e inspección integral del Estado de acogida. Ciertamente, esta segunda solución sería intensamente criticada por dos motivos: en primer lugar, resultaría insatisfactoria para las grandes entidades de crédito, al obligarles a hacer una dotación específica de recursos propios en cada uno de los Estados en que desarrollen su actividad (resulta sabido que los bancos, a diferencia de otras entidades mercantiles, no operan precisamente a través de filiales sino de sucursales para que éstas se beneficien de los ratios de solvencia de la matriz); en segundo lugar, sería percibida por muchos como un serio retroceso en el proceso de construcción europea, al “renacionalizar” el control de las entidades con presencia en varios países de la Unión. Sin embargo, creo que esta solución, que delimitaría de forma más clara que la actual el reparto de responsabilidades entre los distintos Estado miembros, desincentivando arbitrajes regulatorios, no resultaría necesariamente incompatible

---

Sin llegar a estos extremos, no pueden excluirse para el futuro nuevos problemas, especialmente en un contexto en que los importes cubiertos por los Fondos de Garantía de Depósitos (FGD) no están armonizados. Consecuentemente, no resulta impensable que se produzcan graves desigualdades de trato, de modo de que los depositantes de una institución supervisada en otro Estado miembro resulten perjudicados en relación con los depositantes de instituciones de crédito residentes (si el FGD del Estado de acogida es más generoso), o aún en relación con los del Estado de origen (si el Gobierno de aquel país decide discrecionalmente indemnizar “in totum” a los depositantes nacionales y aplicar a los extranjeros el límite estricto cubierto por el FGD).

con el Mercado Único, como pone de relieve la experiencia norteamericana: en aquel país, las limitaciones a la apertura de oficinas en Estados distintos del de domiciliación (“branching”) han llevado a los grandes bancos a articularse como sociedades “holding” de una pluralidad de entidades “locales”, cada una con su propia dotación de recursos propios y sometimiento a un supervisor primario, sea éste la OCC o una agencia estatal.

- Los requerimientos de capital. Hemos indicado reiteradamente que, en nuestra opinión, el origen de la actual crisis financiera es fundamentalmente macroeconómico, derivado (1º) de los graves desequilibrios de la economía mundial (manifestados contablemente en voluminosos e insostenibles déficit por cuenta corriente en los Estados Unidos...y en España) y (2º) de una política monetaria excesivamente acomodaticia por parte de la FED y el BCE, con tipos reales negativos durante buena parte de la década. Estas condiciones macroeconómicas produjeron una extraordinaria expansión del crédito que alimentó una burbuja de activos (fundamentalmente inmobiliarios) que, a su vez, realimentó el “boom” crediticio (al aumentar el valor de los colaterales o bienes en garantía).

Este fenómeno se vio reforzado por la política de los bancos (fundamentalmente de inversión, aunque la práctica también afectó a los bancos comerciales) de incrementar el tamaño de sus balances sin aumentar en igual medida sus recursos propios. Esta reducción *neta o relativa* del capital regulatorio (pues, en términos absolutos, la capitalización de las entidades de crédito se situó en máximos históricos) se produjo tanto como consecuencia de novedosas prácticas de innovación financiera, que permitían expandir el negocio sin “consumir” capital, como, en ocasiones, de decisiones de los propios supervisores (ya hemos mencionado el Programa CSE de la SEC que facilitó a los cinco principales bancos de inversión norteamericanos incrementar notablemente su nivel de endeudamiento).

En este contexto, en el que se admite pacíficamente que los actuales requerimientos de capital de las entidades de crédito son insuficientes<sup>850</sup>, creo que resultará imprescindible la revisión del Nuevo Acuerdo de Adecuación de Capital del Comité de Supervisión Bancaria (conocido como Basilea II). Ciertamente, aunque no puede atribuirse la actual crisis financiera a Basilea II, pues su implantación en Europa se produjo en enero de 2008 y en los Estados Unidos no está prevista hasta abril de 2010, las malas prácticas bancarias puestas de manifiesto en los dos últimos años plantean dudas racionales sobre la conveniencia de aumentar los márgenes de discrecionalidad de las entidades para determinar su propio capital regulatorio. En este marco, el método basado en calificaciones internas (más conocido como método IRB) que, en última instancia descansa en gran medida sobre las agencias de "rating", ha visto evaporado buena parte de su atractivo a la luz de la pérdida de credibilidad de éstas. Naturalmente, resulta prematuro en este momento anticipar una posible reforma, aunque creo que ésta, de producirse, no se orientará tanto a incrementar el coeficiente del 8 por 100, como a objetivizar su cálculo (lo que supondrá desandar gran parte del camino emprendido desde Basilea I), reducir los efectos procíclicos (introduciendo mecanismos como las provisiones "dinámicas" en las fases alcistas del ciclo), restringir los activos que tienen la consideración de capital regulatorio (probablemente limitando el concepto de Tier 1 al capital social y reservas), e incluir todas las posibles exposiciones de los bancos (y, en particular, los vehículos fuera de balance).

---

<sup>850</sup> "(...) capital and liquidity requirements were simply too low. Regulators did not require firms to hold sufficient capital to cover trading assets, high-risk loans, and off-balance sheet commitments, or to hold increased capital during good times to prepare for bad times. Regulators did not require firms to plan for a scenario in which the availability of liquidity was sharply curtailed." *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Departamento del Tesoro, Washington, 2009, página 5.

- Limitaciones al tamaño de las entidades de crédito. Hemos hecho referencia anteriormente a los riesgos que para el Estado de acogida supone que la garantía de sus depositantes quede exclusivamente atribuida al Estado de origen de la entidad. Correlativamente, el surgimiento de grandes grupos bancarios internacionales, con un extraordinario volumen de pasivos en relación con la economía del país de la matriz, plantea la cuestión de la magnitud de los posibles costos presupuestarios asociados a su eventual salvamento. Ciertamente, los grandes bancos han sido criticados históricamente por una variedad de motivos: su elevada cuota de mercado (“market-share”) puede permitirles imponer condiciones lesivas en perjuicio de los consumidores de servicios financieros; su importancia les conferiría una indebida influencia política, convirtiéndoles en “demasiado grandes para ser disciplinados” por parte de las autoridades supervisoras; su mismo tamaño distorsiona el flujo de financiación de la economía, que deviene excesivamente bancarizada; la regulación financiera pasa a estar marcadamente influida por sus necesidades e intereses, especialmente en un contexto de promoción de “campeones nacionales”, etcétera. Estos motivos explican que en los Estados Unidos, cuna, no lo olvidemos, de la legislación antitrust, exista desde antiguo una regulación orientada a impedir un crecimiento excesivo de las entidades de crédito. Aunque ciertamente estas limitaciones han sido en buena medida flexibilizadas en los últimos años, pervive en aquel país la firme convicción de que el sector financiero debe operar al servicio de empresas y familias, y que la existencia de bancos excesivamente grandes puede resultar perjudicial para la economía real. Por el contrario, en España se ha seguido en las dos últimas décadas una política de concentración bancaria, conscientemente dirigida por las propias autoridades financieras, que se ha traducido en el notable resultado de contar en la actualidad con dos grandes grupos bancarios internacionales. Ciertamente, nada hay de criticable en el éxito empresarial, que debe ser un motivo de legítimo orgullo; sin embargo, no deja de resultar anómalo que una economía de tamaño medio como la española cuente con bancos que en todas las clasificaciones al uso figuran entre los más importantes del mundo. En este punto, no se trata tanto de reducir el “poder

de mercado” de estas grandes entidades en la economía española (aunque, ciertamente, no estaría de más reflexionar sobre las consecuencias que para el futuro desarrollo del país pueden derivarse del extraordinario nivel de bancarización de nuestros servicios financieros) como de prevenir los costes que para el contribuyente español podrían resultar de una eventual situación de iliquidez o insolvencia (como ha puesto de relieve esta crisis, la banca no deja de ser un negocio potencialmente peligroso, en que las decisiones de gestión erróneas se traducen en pérdidas ingentes). En este marco, creo que resulta indispensable explorar vías de minimizar esos potenciales riesgos, en línea con algunas de las propuestas del Tesoro norteamericano para las denominadas “Tier 1 FHC”. Entre estas potenciales vías podríamos mencionar con carácter preliminar las siguientes: (1ª) el reforzamiento de los recursos propios de las entidades de “relevancia sistémica” (concepto éste que habría que definir normativamente, aunque en el caso español resulta patente qué dos grupos deberían entenderse incluidos en todo caso); (2ª) la exigencia de procedimientos de control interno reforzados, que tengan en cuenta los riesgos derivados de la propia dimensión del grupo, con especial énfasis en las garantías, explícitas o implícitas, conferidas a las filiales; (3ª) una supervisión reforzada y permanente, con presencia in situ de un equipo de inspección especializado; (4ª) la obligación de operar en el extranjero mediante filiales con dotación específica de recursos propios; estas filiales debe entenderse que no cuentan con la garantía implícita del Estado español, siendo su eventual insolvencia responsabilidad del Estado de acogida. Evidentemente, estas decisiones resultarían altamente controvertidas en la medida en que se traducirían con seguridad en una reducción de la rentabilidad de estos grupos y en un cercenamiento de sus posibilidades de ulterior expansión. Sin embargo, al igual que la legislación de defensa de la competencia impone limitaciones objetivas al crecimiento de ciertas empresas, limitaciones que se fundamentan en el beneficio de la sociedad en su conjunto y que no suponen necesariamente un juicio de reproche, creo que ha llegado el momento de plantearse limitaciones a la creciente

desproporción de determinados grupos bancarios en relación con la economía real española.

- La protección del consumidor bancario. La crisis financiera ha revelado tanto serios errores de gestión en entidades que se presumían líderes, como prácticas comerciales gravemente abusivas, especialmente en relación con clientes con una débil cultura financiera. Este hecho ha sido reconocido en los Estados Unidos, proponiendo el “Libro Blanco” del Departamento del Tesoro la creación de la nueva autoridad (la “Consumer Financial Protection Agency”, CFPA) que asumiría la función de supervisar el cumplimiento por todas las instituciones financieras de la legislación federal de protección del consumidor (véase supra).

En España, por el contrario, no se adivina aún una iniciativa similar, a pesar de la patente inadecuación de nuestra normativa (la configuración de los denominados “Comisionados” resulta extremadamente insatisfactoria, véase supra) y de los abusos que se han producido durante la burbuja crediticia (con especial incidencia en colectivos desfavorecidos como los inmigrantes).

En este marco, la separación de la supervisión prudencial y de la protección del consumidor financiero resulta, a mi entender, indispensable dada la existencia de un irresoluble conflicto de intereses entre ambas funciones. Este conflicto, que ya resultaba indiscutible con anterioridad, se ha hecho aún más patente en el contexto de la actual crisis: el Banco de España, lógicamente preocupado por el deterioro de los ratios de solvencia como consecuencia de la creciente morosidad, ha favorecido las operaciones de emisión de títulos (generalmente, participaciones preferentes<sup>851</sup>)

---

<sup>851</sup> Las participaciones preferentes confieren a sus titulares una remuneración predeterminada, fija o variable, no acumulativa, condicionada a la obtención de suficientes beneficios por parte de la sociedad garante. Las participaciones preferentes son perpetuas, aunque el emisor suele acordar su amortización transcurrido un plazo de cinco años desde el desembolso.



con objeto de reforzar los recursos propios de las entidades. Sin embargo, llamativamente, varias de estas emisiones de elevadísimo volumen se han diseñado *sin tramo mayorista*, distribuyéndose íntegramente través de la red comercial de la entidad emisora. La razón de la ausencia de un tramo mayorista resulta transparente: los títulos se han emitido a tipos *muy inferiores* a los prevalentes en los mercados de capitales, lo que, de haber existido tramo mayorista, hubiera ocasionado que los inversores institucionales (mejor informados que los clientes minoristas) no hubieran acudido a la emisión. Consecuentemente, ésta se ha distribuido en su totalidad entre la clientela, que ha confiado en el “asesoramiento” que le proporcionaba el personal del propio banco. Pues bien, a pesar del evidente quebranto económico que se ha causado a los consumidores de servicios financieros (quebranto, por otra parte, perfectamente cuantificable<sup>852</sup>, derivado de la diferencia o “spread” entre los tipos de emisión y los vigentes en los mercados mayoristas), el supervisor bancario no ha adoptado medida alguna, no ya para impedir las citadas emisiones, sino tan siquiera para advertir públicamente a los clientes del carácter marcadamente antieconómico de la operación<sup>853</sup>. Este

---

<sup>852</sup> Así, en relación con la emisión de preferentes del Banco Santander la CNMV advirtió que “este producto ofrece una rentabilidad sustancialmente inferior (en torno a un 0,91% anual tal y como recogen los informes de valoración incorporados al folleto informativo) a la que en estos momentos están exigiendo los inversores profesionales y cualificados, atendiendo al riesgo que incorpora, e inferior asimismo a la ofrecida por productos equiparable de otros emisores comparables”.

<sup>853</sup> En honor a la verdad debe decirse que estas advertencias sí se han realizado por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Ello no hace sino confirmar la posición que mantenemos pues, no siendo responsable la CNMV de la solvencia de las entidades de crédito, se encuentra en mejor posición para defender de forma más vigorosa los intereses de los usuarios de servicios financieros (cuestión distinta es que, por una variedad de razones, no lo haya hecho históricamente con toda la energía que hubieran demandado las circunstancias).

hecho viene a confirmar nuevamente, como resultaba previsible, que en aquellos supuestos, por otra parte frecuentes, en los que se produce un conflicto de intereses entre la solvencia de las entidades de las entidades de crédito y los intereses de los usuarios de servicios financieros, la protección de éstos resultará una preocupación secundaria para el supervisor bancario.<sup>854</sup>

Consecuentemente, resulta imprescindible atribuir a una autoridad no vinculada a la supervisión de solvencia la competencia de velar por los intereses de los clientes. Idealmente, esta autoridad debería ser de nuevo cuño, con responsabilidad exclusiva en la materia, de modo que se evitaran potenciales conflictos de intereses. Sin embargo, la creación de un organismo *estatal* de protección del consumidor de servicios financieros plantearía previsiblemente serias objeciones desde la perspectiva constitucional, dada la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consumo (competencia que, por otra parte, sería deseable que ejercieran con mayor diligencia). Por ello, parece más factible atribuir la responsabilidad al futuro “supervisor de conductas” (la prevista “Comisión Nacional de Servicios Financieros”) que, construido sobre la base de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se encontraría en una posición más favorable que el Banco de España para proteger de forma eficaz a la clientela minorista.

---

<sup>854</sup> Me parece importante enfatizar que estas consideraciones no suponen ningún reproche *personal* a los profesionales que de forma dignísima ejercen sus funciones en el Banco de España. La misión institucional del Banco de España es la supervisar la solvencia de las entidades de crédito (artículo 7.6 LBE) y resulta lógico que a esta misión fundamental se sacrifiquen, de buena fe, otras consideraciones que se estiman secundarias. Consecuentemente, lo que proponemos aquí es huir tanto del juicio de reproche (“el Banco de España *permite* a los bancos abusar”) como del mero voluntarismo (“el Banco de España *debería* proteger de forma más eficaz al consumidor”) y *resolver normativamente* el conflicto de intereses existente.

Esta autoridad debería iniciar inmediatamente estrategias para: (1º) aumentar la cultura financiera del público, previniendo fenómenos como el sobreendeudamiento; (2º) aplicar de forma vigorosa la normativa vigente, para lo que debería disponer tanto de poderes sancionadores como de la potestad de prohibir cautelarmente las prácticas o productos que estime abusivos o lesivos (de forma análoga a las “cease and desist orders” norteamericanas).

- La configuración institucional de las cajas de ahorros. Es ésta una cuestión específicamente española, no tanto por la inexistencia en otros Estados de nuestro entorno de entidades análogas, como por la relevancia que las cajas de ahorros han adquirido en el conjunto del sector crediticio de nuestro país<sup>855</sup>. Aunque se trata de un asunto agudamente polémico, al que no son ajenos intereses de todo tipo, creo que no sería intelectualmente honesto eludir este punto, cuya resolución es verdaderamente capital si el sistema financiero español ha de salir reforzado de esta crisis.

Con carácter previo, creo que debe subrayarse que la actual situación de las cajas de ahorros en el sistema crediticio español es indiscutiblemente anómala desde una perspectiva comparada. Los Estados europeos que contaban con entidades asimilables a las cajas han abordado en los últimos años un proceso de “reconducción” de las mismas a los esquemas institucionales propios del tráfico mercantil. Aunque este proceso ha presentado particularidades en cada país<sup>856</sup>, la

---

<sup>855</sup> En 2008, sus recursos de clientes en balance representaban el 48,43 por 100 de los del sistema crediticio (fuente CECA).

<sup>856</sup> Para una exposición detallada del proceso, véase Casares Marcos, Ana Belén, *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 507 y siguientes.

línea directriz más clara ha sido su conversión en sociedades anónimas<sup>857</sup>, bien en forma directa<sup>858</sup>, bien mediante la separación entre la obra social y la actividad crediticia, que queda atribuida a una sociedad de base capitalista<sup>859</sup>.

España, por el contrario, ha sido ajena a este proceso, de modo que la legislación reguladora de las cajas de ahorros ha mantenido sin cambios su configuración como entes sui generis, reconducibles, no sin cierta dificultad, hacía los moldes

---

<sup>857</sup> Una relativa excepción lo constituyen Francia y Alemania. En Francia, la Ley de 25 de junio de 1999 transformó a las cajas de ahorros (Caisses d'Epargne) en sociedades cooperativas. En Alemania, las cajas (Sparkassen) mantienen su condición de entidades de derecho público, propiedad del *Land* en que están domiciliadas.

Sin embargo, como veremos inmediatamente, estas "excepciones" no afectan a la tesis que aquí se mantiene. No se trata tanto, en mi opinión, de convertir a las cajas en sociedades anónimas (aunque ésta haya sido la solución adoptada por la inmensa mayoría de los países europeos y la más conforme con la configuración ordinaria del tráfico mercantil), como de establecer mecanismos que aseguren que las mismas están sometidas a un control real y se eviten los problemas de "riesgo moral" y "proyección de responsabilidades". En este contexto, aunque no hayan recurrido a su configuración como sociedades anónimas, tanto el sistema francés como el alemán aseguran los incentivos para que se ejerza un control efectivo sobre la gestión de las cajas (por los mutualistas en el primer caso, y por el "land propietario" en el segundo).

<sup>858</sup> El ejemplo paradigmático es el británico, en el que el proceso de concentración de las cajas culminó con la salida a Bolsa en 1986 del TSBG (Trustee Savings Banks Group).

<sup>859</sup> Es el caso de Austria, los Países Bajos o Suecia. En los Países Bajos el proceso se inició por el Verenidge Spaarbank, cuyo negocio crediticio fue asumido por la Verenidge Spaarbank N.V. (sociedad anónima). A pesar de las cautelas adoptadas, la sociedad quedó finalmente integrada en Fortis a partir de 1990.

fundacionales<sup>860</sup>. Esta “particularidad” presentaba una importancia relativa en un contexto en el que las cajas de ahorros mantenían un perfil de negocio “conservador”<sup>861</sup> y una participación modesta en el conjunto del sistema financiero. Sin embargo, la supresión de las restricciones operativas a partir de 1977<sup>862</sup> no vino acompañada de una reflexión sobre la adecuación del viejo modelo fundacional al nuevo papel que las cajas de ahorro iban a desempeñar (probablemente, porque no se era plenamente consciente en aquel momento de que acabarían por representar en torno a la mitad del sistema crediticio).

Esta “anomalía” española se ha justificado en los últimos años desde consideraciones de eficacia. Se asumía como hecho probado que la particular configuración institucional de las cajas de ahorros no tenía influencia apreciable en la calidad de su gestión, e incluso se alegaba que el modelo fundacional de las cajas era superior al más convencional de los bancos, como pondría de relieve la

---

<sup>860</sup> No deja de ser significativo que, aunque la jurisprudencia constitucional califica a las cajas como fundaciones, niega a continuación la aplicabilidad de las garantías constitucionales del artículo 34 CE (véase STC 49/1988, de 22 de marzo).

<sup>861</sup> *“Durante muchos años el sector de las cajas de ahorros se ha caracterizado por su estabilidad, una importante proporción de su actividad financiera intervenida y una oferta de productos y servicios reducidos y estandarizados dirigidos a un segmento minorista con un bajo nivel de cultura financiera”*. García Roa, J., *Las cajas de ahorros españolas: cambios recientes, fusiones y otras estrategias de dimensionamiento*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994, página 29. Citado por Casares Marcos, Ana Belén, *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, página 507.

<sup>862</sup> *“A partir de la entrada en vigor de la presente disposición las Cajas de Ahorro podrán realizar las mismas operaciones que las autorizadas a la Banca privada, sin otras limitaciones que las vigentes para esta última en el marco de la Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca”* (artículo 20 del Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto).

creciente “cuota de mercado” de aquéllas. Sin embargo, los sucesos acaecidos en los dos últimos años han puesto en cuestión estas asunciones: la actual crisis del sistema financiero español es, ante todo y sobre todo, la crisis de las cajas de ahorro que, desde el cambio de las condiciones imperantes en los mercados de capitales y el subsiguiente deterioro de la economía real han venido mostrando sistemáticamente peores ratios que la banca privada.

En mi opinión, esta situación deriva esencialmente de la particular configuración institucional de las cajas que, al no revestir la forma de sociedad mercantil, no están sometidas a los ordinarios mecanismos de disciplina de mercado. Lamentablemente, esta carencia no se ha visto paliada por otros instrumentos de control, pues la configuración de los órganos rectores de las cajas ha contribuido a diluir las responsabilidades y, consiguientemente, ha favorecido la adopción de decisiones antieconómicas y la creciente asunción de riesgos (con resultados previsibles).

En este punto, creo que resulta imprescindible enfatizar que, desde cualquier consideración práctica, o si se prefiere socio-política, las cajas de ahorros han devenido bancos públicos de las Comunidades Autónomas. Este proceso de “apoderamiento” de las cajas de ahorros se ha producido, sin embargo, sin una correlativa asunción de las responsabilidades inherentes. La tramitación del FROB ha sido particularmente significativa a este respecto: las mismas Comunidades que han designado<sup>863</sup> a los equipos gestores de las cajas en dificultades (pues la intervención del FROB en los procesos de reestructuración presupone necesariamente que existen “debilidades en la situación económico-financiera” de la entidad que requieren la aportación de financiación pública) exigen ahora que cualquier medida que afecte a *su* caja, se adopte con su consentimiento. Se trata,

---

<sup>863</sup> Ciertamente, esta afirmación responde más a la sociología política que a la configuración “formal” o jurídica de los órganos rectores de las cajas de ahorros.

en mi opinión, de un patente supuesto de “riesgo moral”, en el que las consecuencias de las propias decisiones se “proyectan” en terceros (básicamente el Estado, cuyo papel parece limitarse a suministrar los fondos que permitan superar las dificultades derivadas de una gestión imprudente).

Desde esta perspectiva, creo que resultan manifiestamente insuficientes las llamadas a la “profesionalización” de las cajas de ahorros. Ciertamente, no cabe duda alguna de que resulta deseable, e incluso imprescindible, que los equipos gestores estén integrados por profesionales de la máxima cualificación y se evite el “desembarco” de políticos sin experiencia previa en el negocio bancario (a este respecto, sería una medida sumamente conveniente que el requisito de poseer “conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones” fuera exigible respecto de la totalidad de los miembros del Consejo de Administración)<sup>864</sup>. Sin embargo, en mi opinión, el problema de las cajas no radica tanto en la falta de cualificación profesional de los equipos gestores, como en la inexistencia de mecanismos de disciplina que pongan coto a la innata tendencia de toda entidad de crédito a asumir riesgos crecientes.

Consecuentemente, creo que la imprescindible reforma de la configuración institucional de las cajas de ahorros pasa por establecer mecanismos adecuados de control de la gestión, que disciplinen a los gestores, prevengan la toma de riesgos excesivos y desincentiven la adopción de medidas antieconómicas. En mi opinión, la forma más racional de conseguir este objetivo pasaría por la conversión de las cajas de ahorros en sociedades anónimas, lo que supondría la aplicabilidad a las mismas de los mecanismos normales de disciplina propios de la legislación mercantil.

---

<sup>864</sup> En la actualidad, el artículo 2.1.f) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, exige para los bancos que “la mayoría” del Consejo de Administración posea conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones.

Sin embargo, no creo que sea realista o conveniente abordar, al menos inicialmente, un proceso de “privatización” a la manera británica que suponga la salida a Bolsa del conjunto de las cajas de ahorros. Además de las dificultades políticas y jurídicas inherentes a tal “desapoderamiento” de las Comunidades Autónomas, una OPV de esa magnitud en el actual contexto de crisis financiera tensionaría los mercados de capitales, reduciría los beneficios previsibles para la Hacienda Pública (o, en otros términos, supondría una transferencia neta de valor al sector privado) y conduciría, casi con toda seguridad, a un aumento de la concentración del sistema financiero español y a la consiguiente reducción de la competencia.

Por ello, la transformación de las cajas de ahorros en sociedades anónimas podría realizarse, en una fase preliminar, atribuyendo la condición de accionistas a las mismas Administraciones públicas territoriales<sup>865</sup> presentes en los órganos rectores. Se trataría, en consecuencia, de una privatización meramente “formal”, en la que las cajas se mantendrían, al menos inicialmente, en el sector público si bien bajo una personificación puramente jurídico-privada. Esta conversión en “accionistas” de las Administraciones territoriales presentaría, no obstante, una serie de ventajas: (1ª) simplificaría el entrecruzamiento de potestades de derecho público que caracteriza el actual estatus jurídico de las cajas: las entidades resultantes

---

<sup>865</sup> Lógicamente, en los casos en que existan entidades privadas fundadoras, éstas adquirirían la condición de accionistas con el porcentaje de participación que tengan reconocido en los órganos rectores (se trataría de una excepción parcial a la completa asunción por las Administraciones públicas de la titularidad patrimonial de la caja). Por el contrario, no parece razonable que adquieran la condición de accionistas ni los empleados ni los impositores: en ambos casos se trata de “acreedores” de la caja que han visto retribuida su prestación (la laboral a través del salario, la imposición a través de la remuneración del capital), no siendo equitativo socialmente que la participación “política” en los órganos rectores determine una atribución patrimonial a título gratuito a favor de esos colectivos.



quedarían, como ahora, sometidas a la supervisión del Banco de España en su actividad negocial, ejerciendo las Administraciones-accionistas su control sobre la gestión a través de la actuación de los derechos políticos conferidos por su participación accionarial; esto es, la relación de las Administraciones con la caja pasaría a ser una relación dominical de derecho privado; (2ª) no resultaría necesariamente incompatible con el carácter social de las cajas de ahorros, pues nada impediría que las Administraciones-accionistas dedicaran a la Obra Social el porcentaje que estimaran conveniente de los beneficios percibidos (en caso de existir éstos); (3ª) permitiría la adopción, o no, de políticas de "privatización" individuales por parte de cada una de las Administraciones-accionistas; es decir, no sería necesaria una decisión global sobre el paso al sector privado de las sociedades anónimas resultantes, sino que cada "accionista" público sería libre de retener o transmitir su participación en la sociedad, libertad que resultaría conforme con el principio constitucional de autonomía (de modo que, atendiendo a su particular programa político, cada Administración tomaría las decisiones que tuviera por convenientes respecto de su "paquete" accionarial); (4ª) en caso de desequilibrio patrimonial de la entidad, operarían los mecanismos ordinarios del tráfico mercantil, de modo que las Administraciones-accionistas se verían obligadas a aportar nuevo capital o soportar, como cualquier otro accionista, la "dilución" de su participación en caso de que aquél fuera aportado por un tercero (el recurso a los mercados, en los supuestos ordinarios, o el FROB, en los casos en que no pudiera obtenerse capital de inversores privados); ello situaría los problemas de "riesgo moral" en línea con los propios de las restantes sociedades anónimas, introduciendo un mecanismo externo de disciplina en la gestión de las cajas de ahorros.

Lo que no resulta razonable, a mi entender, es el mantenimiento de la actual situación, en el que la anómala<sup>866</sup> configuración institucional de las cajas de ahorros favorece la dilución de responsabilidades. Por ello, aunque la conversión de las cajas de ahorros en sociedades anónimas me parece la solución más racional (en la medida en que, en una economía de mercado, el tráfico económico se articula ordinariamente a través de sociedades mercantiles), resultan igualmente posibles otras estrategias alternativas que contribuyan a “disciplinar” el comportamiento de las cajas de ahorros.

En particular, aunque no sería la solución preferible, creo que supondría una notable mejora respecto de la situación actual la conversión de las cajas de ahorros en entidades de derecho público de las Comunidades Autónomas, de modo que aquéllas quedarán respecto de éstas en la misma situación en que se encuentra el ICO respecto de la Administración General del Estado<sup>867</sup> (o las Sparkassen respecto de los Länder). Aunque ello supondría que casi la mitad del sistema crediticio español estaría constituido por “bancos” públicos, lo que no deja de ser

---

<sup>866</sup> No puede sino calificarse como “anómala” una personificación en la que, no sin agrias polémicas doctrinales, se las acaba encuadrando por exclusión en un esquema fundacional sui generis. Asimismo, es anómala desde una perspectiva comparada dado que, como hemos visto, la inmensa mayoría de los países que disponían de este tipo de entidades han acabado reconduciéndolas a tipologías más “convencionales”.

<sup>867</sup> El Instituto de Crédito Oficial (ICO), creado por Ley 13/1971, de 19 de junio, es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) LOFAGE, que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito, y la consideración de Agencia Financiera del Estado (artículo 1.1 de sus Estatutos, aprobados por Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, en adelante, EICO). Conforme al artículo 53.1 LOFAGE, las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

una notable anomalía en el contexto europeo, no haría sino reconocerse jurídicamente la presente realidad socio-política (pues, de facto, las cajas de ahorros ya son en la actualidad banca pública autonómica) con la ventaja de que las Comunidades Autónomas deberían asumir las consiguientes responsabilidades (lo que supondría, en particular que las deudas y obligaciones que contrajeran las cajas gozarían frente a terceros de la garantía de aquéllas, que vendrían obligadas a reponer la base de capital en caso de desequilibrio patrimonial). Esta atribución legal y explícita de responsabilidades podría suponer un límite, siquiera imperfecto, al “riesgo moral” actualmente existente, de modo que las Comunidades Autónomas no continúen siendo, en la terminología de la teoría de juegos, los “free-riders” del sistema financiero español.

- El procedimiento de elaboración normativa. La elaboración y aprobación de la normativa bancaria no presenta desde el punto de vista procedimental especialidades significativas<sup>868</sup>, rigiéndose por las reglas generales<sup>869</sup>. Sin embargo, desde una perspectiva material o sociológica, las normas de regulación de las entidades de crédito presentan dos importantes particularidades (que comparten, en buena medida, con el resto del derecho económico): su carácter profesional (pues, ordinariamente, las normas no se dirigen al público en general,

---

<sup>868</sup> Una particularidad lo constituye la aceptación de una cierta potestad normativa en favor del Banco de España, a través de las denominadas “Circulares”, cuyo alcance, no obstante, es limitado en el derecho español (otros ordenamientos reconocen esta potestad con mayor amplitud, hasta el extremo de que la autoridad supervisora es conocida ordinariamente como el “regulador”).

<sup>869</sup> Para un análisis de los denominados “estudios de impacto normativo” como herramienta para mejorar la calidad del proceso de elaboración normativa, véase Marcos, Francisco, *Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 179, Madrid, Mayo/Agosto de 2009.

sino a un número limitado de entidades) y su intenso contenido técnico (lo que supone que, con frecuencia, sean de difícil inteligencia incluso para el lector culto no familiarizado con la jerga propia del sector). Ello hace que la elaboración de la normativa bancaria sea, si se permite la expresión, el “reino de los lobbies”: en la práctica, la denominada “audiencia pública”, prevista con carácter general en el artículo 22 LG, es, en este ámbito la audiencia de las “organizaciones profesionales” (la AEB, Asociación Española de Banca<sup>870</sup>, y la CECA, Confederación Española de Cajas de Ahorro, fundamentalmente).<sup>871</sup> La intervención en el procedimiento de estas organizaciones no resulta necesariamente negativa<sup>872</sup>, en la medida en que pueden hacer (y ordinariamente hacen) aportaciones útiles que mejoran los proyectos (a lo que, con frecuencia, no resulta ajeno el hecho de que cuenten con el asesoramiento de antiguos funcionarios con una elevadísima cualificación profesional).

---

<sup>870</sup> La Orden Ministerial de 13 de mayo de 1994 designó a la Asociación Española de Banca como entidad representativa de los bancos que componían el Consejo Superior Bancario, haciéndola destinataria de la totalidad del patrimonio de éste.

<sup>871</sup> Naturalmente, dependiendo del objeto de la norma pueden intervenir otras organizaciones profesionales como INVERCO, UNESPA o ANAED.

<sup>872</sup> *“Existen normas reglamentarias cuya conflictividad potencial puede llegar a ser tan extrema que aconseje la disminución, cuando no la eliminación, de cualquier tipo de mecanismo participativo; tampoco debe ocultarse la existencia de grupos o colectivos cuya participación resulta normalmente indeseable, por mantener una línea de oposición sistemática o utópica a cualquier proyecto normativo; pero, en todo caso, se trata de supuestos que podrían ser tasados sin especial dificultad y que, desde luego, son de hecho excepcionales.”* Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas*, Revista Española de la Función Consultiva, Madrid, número 2, julio-diciembre de 2004, página 83.

Sin embargo, el problema se plantea, a mi entender, en aquellos casos en los que la legislación está llamada a proteger o salvaguardar los intereses generales, o puede afectar intereses difusos de terceros<sup>873</sup>, ajenos al sistema financiero. En estos casos, la exclusiva concurrencia en el procedimiento de elaboración normativa de las organizaciones profesionales del sector (que, como resulta natural, se ocupan exclusivamente de sostener los intereses de éste) puede conducir (de hecho ha conducido, como ha puesto de relieve la actual crisis financiera) a normas que están excesivamente sesgadas en favor del sistema financiero, con el consiguiente sacrificio de otros intereses dignos de protección.

Así puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de la normativa de prevención del blanqueo de capitales: como hemos estudiado anteriormente (véase supra), ésta impone a los denominados "sujetos obligados" (cuya tipo más importante lo constituyen precisamente las entidades de crédito, artículo 2.1.a) LPBC) determinados deberes de cuidado, deberes que suponen costes muy reales, tanto directos (establecimiento de órganos de control interno, adquisición de aplicaciones informáticas, formación del personal...), como indirectos (en términos de negocio que ha de rechazarse por imposibilidad de realizar la diligencia del cliente o por presentar riesgos no susceptibles de una gestión adecuada). Naturalmente, estos costes no son arbitrarios sino que se establecen por razones de interés general: salvaguardar al sistema financiero de la posible penetración por elementos criminales y facilitar a la Administración de Justicia la información necesaria para investigar y reprimir de forma eficaz delitos de particular relevancia social. Sin

---

<sup>873</sup> Como ha señalado Rebollo Puig, el artículo 105.a) de la Constitución "*no limita de ninguna manera los intereses que pudieran encontrar un cauce de expresión en la audiencia que prevé y en la que habrían de tener cabida los llamados intereses difusos y colectivos*". Rebollo Puig, Manuel, *La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales*, Revista de Administración Pública, Madrid, número 115, enero-abril de 1988, páginas 140-141.

embargo, en el trámite de audiencia pública ninguna organización concurre para sostener dicho interés general, compareciendo únicamente las asociaciones profesionales del sector que, legítimamente, demandan una minoración de los costes de cumplimiento.

Problemas análogos se plantean en aquellos casos en los que la norma puede afectar a intereses *difusos* de terceros. En los casos en que existe verdadera contraposición de intereses concretos (por ejemplo, entre entidades de crédito y emisores de tarjetas), los opuestos argumentos de las organizaciones comparecientes proporcionan a la Administración los datos necesarios para adoptar una decisión informada. Por el contrario, existen otros supuestos en los que la normativa presenta el potencial de incrementar los beneficios del sector financiero (que, evidentemente, tiene todos los incentivos para sostener tal normativa) a costa de una pluralidad indeterminada de clientes para los que el coste *individual* no justifica comparecer en el procedimiento (aún cuando los costes *globales o colectivos* puedan ser muy elevados).

Por otra parte, la continua interacción con las entidades reguladas y con sus asociaciones profesionales conlleva un riesgo cierto de “captura del regulador”, de modo que el centro directivo o departamento promotor de la norma “interioriza” como propios los intereses del sector que está llamado a regular. Este fenómeno tiene, sin duda, ciertas motivaciones psicológicas, pero creo que no se enfatiza suficientemente que, con independencia de aquéllas, resulta una estrategia “racional”. Ordinariamente, los centros de la administración crediticia o financiera no tienen atribuida la salvaguardia de intereses distintos de los propios del sistema financiero, por lo que resulta razonable que “sacrifiquen” aquellos intereses que les resultan propiamente “ajenos” con objeto de reforzar la rentabilidad, y consiguientemente la estabilidad, del sector financiero (que se configura, en definitiva, como el criterio exclusivo para valorar el acierto o desacierto de la regulación).

En este contexto, no resulta extraño que la legislación financiera esté claramente sesgada en favor de los intereses del sector bancario, en ocasiones con grave quebranto para los intereses generales y la economía real. ¿Puede hacerse algo?

Se trata ciertamente de un problema que afecta a la totalidad del derecho económico (como resulta igualmente evidente en otros ámbitos, como el energético o el audiovisual) y que tiene muy difícil solución. Sin embargo, creo que son posibles ciertas medidas orientadas a minorar, si no eliminar completamente, ese sesgo en favor del sector regulado. Entre ellas mencionaría las dos siguientes: (1ª) Establecer la intervención preceptiva en el procedimiento de elaboración normativa de una autoridad pública de defensa de los usuarios de servicios financieros (véase supra). Aunque idealmente esta función debería haber sido asumida por las asociaciones de consumidores, una variedad de razones (la debilidad del tejido asociativo español, la intrínseca complejidad de la legislación financiera que exige una elevada cualificación y especialización para formular observaciones informadas...) han motivado que aquéllas hayan desempeñado hasta el momento un papel extremadamente limitado, al menos en este ámbito normativo. Por ello, sin excluir, naturalmente, la intervención de cualesquiera asociaciones que tengan por conveniente comparecer en el trámite de audiencia pública, parece imprescindible que esta función sea asumida de forma sistemática por un organismo encargado institucionalmente de promover que la legislación financiera tenga en cuenta los intereses de los usuarios de servicios financieros. (2ª) Impulsar la intervención de un "ente" orientado a la defensa de la economía "real", es decir, que articule los intereses económicos generales frente a los propios del sector financiero. Aunque ciertamente esta misión presenta puntos de conexión con la defensa del consumidor, se trataría de algo distinto: no se centraría en proteger al usuario individual frente a condiciones o prácticas abusivas de las entidades sino en amparar la productividad general de la economía, reforzando el carácter servicial del sistema financiero respecto de ésta. Nuevamente, este "ente" debería surgir

idealmente de la sociedad civil y, en particular, del tejido asociativo empresarial; sin embargo, hasta el momento las asociaciones empresariales *no financieras* no han ejercido esta labor y no resulta previsible que lo hagan en el futuro por diversos motivos (su imbricación con la propia industria financiera, su énfasis en las cuestiones puramente laborales...). Consecuentemente, podría resultar sumamente útil que un organismo público o cuasipúblico asumiera la misión institucional de velar porque la legislación financiera tuviera suficientemente en cuenta los intereses de la economía real a la que el sector financiero está llamado a servir, incorporando una visión “industrialista” o “productivista” que compensara el sesgo exclusivamente “financiero” de que adolece en la actualidad esta rama del derecho. Esta función podría ser asumida por un ente existente (como el Consejo Económico y Social, al que ya su ley reguladora atribuye la competencia de informar preceptivamente los proyectos y proyectos que regulen “materias socioeconómicas”<sup>874</sup>, ámbito que habría que interpretar en sentido amplio<sup>875</sup>), o, aún más convenientemente, por un organismo de nueva creación, preferentemente de tipo participativo (tipo un “Consejo Nacional de Productividad” o similar).

En conclusión, hacia un cambio en la cultura supervisora.

La actual crisis financiera no ha sido causada, debe reiterarse, por las deficiencias de la normativa y supervisión financieras. Sin embargo, estas deficiencias son muy reales y han propiciado y amparado prácticas viciosas que, en definitiva, han

---

<sup>874</sup> Artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio.

<sup>875</sup> No obstante, para que el CES pudiera cumplir esta función no sólo se requeriría una interpretación extensa del concepto de “materias socioeconómicas”, sino asimismo: (1) una ampliación de sus medios personales, de modo que dispusiera de profesionales suficientemente especializados en el ámbito financiero como para hacer contribuciones productivas; (2) un cambio de mentalidad, de modo que se abandone su actual sesgo “laboralista”.



agravado la crisis. En este punto, creo que es imprescindible un cambio radical de estrategia en lo relativo a las relaciones entre la autoridad supervisora y las instituciones supervisadas. Como se ha señalado, con notable acierto, “*será preciso utilizar con toda la intensidad necesaria los instrumentos y técnicas de regulación económica, abandonados en algunos sectores a favor de la competencia libre en el mercado, lo que ha permitido el desarrollo de situaciones que han perjudicado a los intereses generales y a los consumidores. No se trata, en estos casos, de que la regulación no produzca los resultados deseados de corrección de los fallos del mercado y de garantía de los intereses generales sino que, sencillamente, se ha hecho un uso demasiado relajado de la misma.*”<sup>876</sup>

Aunque la banca es ciertamente un sector altamente regulado, el axioma prevalente ha sido, y sigue siendo, que se trata de un negocio privado, cuyas decisiones puramente empresariales deben ser adoptadas sin interferencias de los poderes públicos. Sin embargo, cuando estas decisiones puramente “privadas” se prueban claramente erróneas, o aún gravemente irresponsables, gran parte de las pérdidas resultantes han de ser asumidas por el contribuyente; por ello, no parece razonable mantener un estado de cosas en el que la sociedad sea un mero espectador pasivo de estrategias bancarias que pueden comprometer cantidades ingentes de fondos públicos, por otra parte siempre insuficientes, en perjuicio de otras necesidades sociales y de los propios servicios que el Estado social moderno está llamado a prestar.

Dado que no resulta viable “dejar caer” a las entidades de crédito (las posibles dudas han quedado resueltas por los catastróficos efectos de la quiebra de Lehman Brothers), la única alternativa viable a la nacionalización pasa por un reforzamiento

---

<sup>876</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, Tomo I, página 64.

de la función de regulación de la actividad bancaria, con la finalidad de salvaguardar la estabilidad del sistema financiero (que, reiteramos, ha demostrado históricamente ser intrínsecamente inestable), reforzar su papel servicial de la economía real (de modo que cumpla de forma eficiente su función institucional de canalizar el ahorro hacia la inversión) y prevenir los costes para el contribuyente de posibles situaciones de insolvencia (de modo que aquéllos sean asumidos por el propio sector y no “proyectados” en la sociedad).



## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Abella Poblet, Enrique, *Bancos y banqueros. Statu quo*, Ed. Tecniban Madrid, 1970.

Agnello, Luca, y Schuknecht, Ludger, Booms and Busts in Housing Markets. Determinants and Implications, Banco Central Europeo, Working Paper Series, No. 1071, Frankfurt, julio de 2009.

Aguilar Fernández-Hontoria, Jaime, *Secreto Bancario*, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, 1987.

Alonso García, Ricardo, *El soft law comunitario*, Revista de Administración Pública, Madrid, número 154, enero-abril de 2001.

Álvarez Feijoo, Manuel, Delito fiscal y blanqueo de capitales, publicado en Legal Today, Ed. Aranzadi, mayo de 2009.

Antón Pérez, *El Tribunal Constitucional y las normas reguladoras de las cajas de ahorros*, en *PEE*, número 36, 1988.

Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995.

Arancibia, Salvador Martín, *El dinero de la discordia. Las cajas de ahorros, entre la privatización y el control político*, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1998.

Arnone, Marco, Darbar, Salim, y Gambini Alessandro, *Banking Supervision: Quality and Governance*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2007.

Arzoz Santisteban, Xavier, *Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 178, Madrid, Enero/Abril 2009.

Ávila Solana, Esteban, *Las tipologías del blanqueo en España (II): casos prácticos específicos del blanqueo*, en *Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

Azaustre Fernández, María José, *El secreto bancario*, Ed. Bosch, 2001.

Banco Central Europeo, *Informe de Convergencia*, Frankfurt, 2008.

Baño León, José María, *La Administración frente al juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo*, reflexiones sobre la obra de Santiago Muñoz Machado *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 24, número 72, septiembre-diciembre de 2004.

Barth, James R., Caprio, Gerard, y Levine, Ross, *Bank Regulation and Supervision: What Works Best?* Auburn University, Williams College and Brown University - Department of Economics, World Bank Policy Research Working Paper No. 2725, mayo de 2001.

Barth, James R., Dopico, Luis G., Nolle, Daniel E., y Wilcox, James A., *An International Comparison and Assessment of the Structure of Bank Supervision*, Auburn University, Office of the Comptroller of the Currency and University of California, Berkeley - Economic Analysis & Policy Group, Working Paper Series, abril de 2002.

Boix Palop, Andrés, y Ureña Salcedo, Juan Antonio, *Obra social de las cajas de ahorros y financiación de infraestructuras*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 170, Madrid, Mayo/Agosto 2006.

Borrajó Iniesta, Ignacio, *El Estado de las Autonomías a la luz de la experiencia federal de Estados Unidos*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, número 1, septiembre-diciembre de 1988.

Borrajó Iniesta, Ignacio, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la Constitución de Estados Unidos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

Breuer, Meter, *Measuring Off-Balance-Sheet Leverage*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2000.

Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, Ed. West Group, St. Paul (Minnesota), 1999.

Campos Navas, Daniel, *Delito fiscal y blanqueo de capitales. El autoblanqueo y posibilidad de ser responsable penal del delito de blanqueo y del delito precedente*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

Cano Campos, Tomás, *La analogía en el Derecho administrativo sancionador*, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, número 113, enero-marzo de 2002.

Cano Campos, Tomás, *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador*, Revista de Administración Pública, CEPC, Madrid, número 156, septiembre-diciembre de 2001.

Carrancho Herrero, Teresa, *El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones*, en RDP, 1991.

Carrillo Donaire, Juan Antonio, *Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos*, Revista de Administración Pública, CEPC, Madrid, número 178, enero-abril de 2009.

Carstens, Agustin, Hardy, Daniel, Pazarbasioglu, Ceyla, *Banking Crisis in Latin America and the Political Economy of Financial Sector Policy*, Seminar "Governments and Banks: Responsibilities and Limits", IDB-IIC Annual Meeting, Lima, Peru, 2004.

Casares Marcos, Ana Belén, *Cajas de ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Casilda Béjar, Ramón, Lamothe Fernández, Prosper y Monjas Barroso, Manuel, *La banca y los mercados financieros*, Ed. Alianza, Madrid, 1997.

Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 1988.

Cervellati, Enrico Maria, *Financial Regulation and Supervision in EU Countries*, Universidad de Bolonia, Working Paper Series, mayo de 2003.

Clarotti, Paolo, *La libération des mouvements de capitaux et des services financiers dans le cadre d'un marché financier unique*, en *Estudios de derecho bancario y bursatil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid 1994.

Comité de Supervisión Bancaria (BIS), *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Basilea, 2006.

Comité de Supervisión Bancaria (BIS), *Customer Due Diligence for Banks*, Basilea, 2001.

Comité de Supervisión Bancaria (BIS), *Enhancing Bank Transparency*, Basilea, 1998.

Conde Velázquez, José Luís, *El tráfico de drogas en los poblados*, en *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

Confederación Española de Cajas de Ahorros, *Informe de la Comisión para el estudio de la obra social*, CECA, Madrid, 2007.

Córdoba Roda, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Cuadernos de Crítica Jurídica, número 1, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

Crouhy, Michel, Jarrow, Robert y Turnbull, Stuart, *The Subprime Credit Crisis of 07*, Bauer Collage of Business, Houston, 2008.

Darnaculleta i Gardella, M. Mercé, *La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía*, Revista General de Derecho Administrativo, número 20. Madrid, marzo de 2009.

Darnaculleta i Gardella, M. Mercè, *La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

De Bandt, Olivier, y Hartmann, Philipp, *Systemic Risk: A Survey*, European Central Bank Working Paper No. 35, 2000.

De Lorenzo García, Rafael, *El Nuevo Derecho de Fundaciones*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

Demyanyk, Yuliya y Van Hemert, Otto, *Understanding the Subprime Mortgage Crisis*, Federal Reserve Bank of Saint Louis, 2008.

De Prada González, José María, *Las actividades mercantiles de las fundaciones*, en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.

Departamento del Tesoro (EEUU), *Financial Regulatory Reform. A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation*, Washington, 2009.

De Serres, Alain, Kobayakawa, Shuji, Sløk, Torsten y Vartia, Laura, *Regulation of Financial Systems and Economic Growth*, OCDE, París, 2007.

Edwards, Cheryl, *Open Market Operations in the 1990's*, Federal Reserve Bulletin, Washington.

Esteve Pardo, José, *La regulación de la economía desde el Estado garante*, en *La autonomía municipal, Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Ed. Aranzadi, 2007.



Esteve Pardo, José, *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Cívitas, número 119, julio-septiembre de 2003.

Esteve Pardo, José, *El encuadre de la regulación de la economía en el Derecho Público, en Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

EUROSTAT, EU Economic Data Pocketbook, Bruselas, 2008.

Fajardo García, Gemma, *Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario*, RDBB, 1990.

Fernández Farreres, Germán, *Aspectos problemáticos de la articulación de los ordenamientos jurídicos estatal, autonómicos y europeos*, Anuario Jurídico de La Rioja, número 2, 1996.

Fernández Farreres, Germán, *El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 4, número 12, septiembre-diciembre de 1984.

Fernández Farreres, Germán, *La contribución de la jurisprudencia al Estado autonómico*, Anuario Jurídico de La Rioja, número 6-7, años 2000-2001.

Fernández Farreres, Germán, *Servicio Público y Mercado* (reseña de la obra homónima de Santiago Muñoz Machado), Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 18, número 53, mayo-agosto de 1998.

Fernández Rozas, José Carlos, *La banca extranjera en España. El acceso al ejercicio de la actividad bancaria por los extranjeros en el derecho español*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1981.

Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Ed. La Ley, Madrid, 1995.

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, Revista de Administración Pública, número 150, Madrid, septiembre-diciembre de 1999.

Fondo Monetario Internacional, *Financial Intelligence Units. An overview*, Washington, 2004.

Franch i Saguer, Marta, *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

García de Enterría, Eduardo, *Constitución, fundaciones, y sociedad civil*, en *RAP*, número 122, 1990, página 249.

García-Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo II*, Ed. Edersa, Madrid, 1971.

Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975.

Glasner, David, *Free Banking and Monetary Reform*, CUP, Cambridge, 1989.

Gil, Gonzalo, y Segura, Julio, *La supervisión financiera, situación actual y temas para el debate*, Estabilidad Financiera, número 12, Banco de España, Madrid, mayo de 2007.

Gilmore, William, *Dirty money: the evolution of money laundering countermeasures*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1999.

Glinavos, Ioannis, *Regulation and the Role of Law in Economic Crisis*, Institute of Advanced Legal Studies, Londres, 2009.

Grupo Wolfsberg, *Global Anti-Money-Laundering Guidelines for Private Banking*, Wolfsberg, 2002.

Grupo Wolfsberg, *Guidance on a Risk Based Approach for Managing Money Laundering Risks*, Wolfsberg, 2002.

Guaita Martorell, Aurelio, *Derecho administrativo especial III*, Librería General, Zaragoza, 1969.

Hamptom, Mark, y Christensen, John, *Offshore Pariahs? Small Island Economies, Tax Havens and the Reconfiguration of Global Finance*, *World Development*, 30(9), 1657-1673.

Hinterseer, Kris, *Criminal Finance. The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Context*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2002.

Hurley, John, *The challenges ahead. SEPA and NPIP*, Discurso en la Conferencia Nacional de Pagos, Dublín, diciembre de 2006.

Jiménez Raneda, Ignacio, y Pérez García, Francisco, *Las cajas de ahorros como empresas financieras*, en *Revista Valenciana de Hacienda Pública*, número 5, 1988.

Jorge Barreiro, Agustín, *Comentario a los artículos 197 a 204*, en *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

Kaufman, George, *Bank Failures, Systemic Risk and Bank Regulation*, *The Cato Journal*, Vol. 16, No. 1, 1996.

Keys, Benjamin, Mukherjee, Tanmoy, Seru, Amit y Vig, Vikrant, *Did Securitization Lead to Lax Screening? Evidence from Subprime Loans*, Universidad de Michigan, 2008.

Klausner, Michael, *Regulation of Banks*, en *Fundamentals of American Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1998.

Lagares Calvo, Manuel, *Cajas de ahorros: los retos del futuro*, en *PPE*, número 36, 1988.

Lagares Calvo, Manuel, *Cajas de ahorros: las respuestas españolas*, en *PPE*, número 46, 1991.

López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

Marcos, Francisco, *Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 179, Madrid, Mayo/Agosto de 2009.

Madrid Parra, Agustín, *La sociedad anónima pública, otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario*, en *Derecho Mercantil*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

Martín Mateo, Ramón, *Administración monetaria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968.

Martín Mateo, Ramón, *Cajas de ahorros. De la beneficencia al supercapitalismo sin capital*, Revista Valenciana D'Estudis Autònòmics, Valencia, número 23, 1998.

Martín Mateo, Ramón, y Sosa Wagner, Francisco, *Derecho administrativo económico. El Estado y la empresa*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977.

Martín Oviedo, José María, *Derecho Bancario Español*, Ed. Plunibanif, Madrid, 1977.

Martín Oviedo, José María, *Ordenación legal del sistema financiero español*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975.

Mestre Delgado, Juan Francisco, *Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea*, Derecho Privado y Constitución, número 11, enero-diciembre de 1997.

Michavila, J.M., *Autorizaciones*, en *Estudios de Derecho público*, Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (Director), CEURA, Madrid, 1987.

Milesi-Ferretti, Gian Maria, *Fundamentals at Odds? The U.S. Current Account Deficit and the Dollar*, IMF Working Papers, Washington, 2008.

Montebourg, Arnaud (rapporteur), *La lutte contre le blanchiment des capitaux en France : un combat à poursuivre*, Les documents d'information de l'Assemblée Nationale, Paris, 2002.

Montero Pascual, Juan José, *La Comisión Nacional del Sector Postal: una nueva administración independiente reguladora*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 176, Madrid, Mayo/Agosto 2008.

Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985.

Muñoz Machado, Santiago, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

Muñoz Machado, Santiago, *Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías*, Revista de Administración Pública, Madrid, número 153, septiembre-diciembre de 2000.

Muñoz Machado, Santiago, *Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control*, Revista General de Derecho Administrativo, número 20, Madrid, marzo de 2009.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

Murphy, Austin, *An Analysis of the Financial Crisis of 2008: Causes and Solutions*, Oakland University, Rochester, 2008.

Nigro, M., y Martín-Retortillo, Sebastián, *La disciplina publicista del crédito*, CEDAM, Padova, 1970.

Núñez Lagos, F., *Aspectos jurídicos del control administrativo de las entidades de crédito y ahorro*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

Oficina del Inspector General (SEC), *SEC's Oversight of Bear Stearns and Related Entities: The Consolidated Supervised Entity Program*, Securities and Exchange Commission, Washington, 2008.

Olariaga, Luis, *La ordenación bancaria en España*, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1946.

Pagès, Henri, y Santos, Joao, *Optimal supervisory policies and depositor-preference laws*, BIS Working Papers número 131, Bank for International Settlements, Basilea, 2003.

Pareja i Lozano, Carles, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

Parejo Gámir, José Alberto, Rodríguez Sáiz, Luís, y Cuervo García, Álvaro, *Manual de Sistema Financiero Español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992.

Pomed Sánchez, Luis Alberto, *Régimen jurídico del Banco de España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

Prieto Álvarez, Tomás, *La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*, Revista de Administración Pública, CEPC, número 178, Madrid, Enero/Abril 2009.

Purnanandam, Amiyatosh, *Originate-to-Distribute Model and the Subprime Mortgage Crisis*, Ross School of Business, Michigan, 2009.

Quintyn, Marc, Ramírez, Silvia, y Taylor, Michael, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2007.

Rebollo Puig, Manuel, *La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales*, Revista de Administración Pública, Madrid, número 115, enero-abril de 1988.

Rebollo Puig, Manuel, *La presunción de validez*, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Cívitas, número 128, octubre-diciembre de 2005.

Revell, Jack, *El futuro de las cajas de ahorros. Estudio de España y del resto de Europa*, CECA, Madrid, 1989.

Rodríguez-Campos González, Sonia, *La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado Social de Derecho*, Revista General de Derecho Administrativo, número 8, Madrid, marzo de 2005.

Rodríguez Sáiz, Luis, Parejo Gamir, José Alberto, y Cuervo García, Álvaro, *Manual de Sistema Financiero Español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990.

Rose, Andrew, y Spiegel, Mark, *Offshore Financial Centers: Parasites or Symbionts*, Federal Reserve Bank of San Francisco Working Paper Series, Working Paper 2005-05, 2005.

Ruiz García, José Ramón, *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

Sánchez Calero, Francisco Javier, *La identidad de las cajas de ahorros: pasado, presente y futuro*, en *RDBB*, número 28, 1987.

Sánchez Miguel, María Candelas, *Bancos privados: falta de cumplimiento de las circulares e instrucciones del Banco de España (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de febrero de 1985)*, en *RDBB*, número 22, 1986.

Sánchez Miguel, María Candelas, *Inconstitucionalidad de parte de las normas que regulan los órganos rectores de las cajas de ahorro en la Ley 31/1985, de 2 de agosto*, en *RDBB*, número 32, 1988.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 5, número 15, septiembre-diciembre 1985.

Scott, Jeremy, y Ilako, Charles, *Proteger la marca. Evolución de la función de cumplimiento y retos para la próxima década*, PricewaterhouseCoopers, 2006.

Schmitt, Carl, *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949.

Schott, Paul Allan, *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, Banco Mundial, Washington, 2003.

Suay Rincón, José, *El caso del Banco de Navarra v. el Banco de España: ¿una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito?*, en *Poder Judicial*, número 1, 1986.

Schüler, Martin, *Integrated Financial Supervision in Germany*, Discussion Paper No. 04-35, Centre for European Economic Research (ZEW), Mannheim, mayo de 2004.



Schwarcz, Steven, *The Future of Securitization*, Duke Law School, Research Paper Series no. 223, Durham, 2008.

Tapia Hermida, Alberto Javier, *Derecho bancario*, Ed. Cálamo, Barcelona, 2002.

Tapia Hermida, Alberto Javier, *La financiación externa de las cajas de ahorros, en particular las obligaciones subordinadas y las cuotas participativas*, en *RDBB*, número 43, 1991.

Tena Piazuelo, Vitelio, *La intervención administrativa en el mercado financiero*, en *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Bermejo Vera, José (Director), Ed. Cívitas, Madrid, 1999.

Toribio Dávila, J.J., *Tradición y modernidad en las cajas de ahorros*, en *Papeles de Economía Española*, número 97, 2003.

Trujillo del Valle, José A., y Cuervo-Arango, Carlos, *El sistema financiero español. Flujos, mercados e intermediarios financieros*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Cocaine trafficking in Western Africa*, Viena, octubre de 2007.

Ureña Salcedo, Juan Antonio, *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

Valero Agúndez, Urbano, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969.

Vañó Vañó, Maria José, *Legitimación en el nombramiento de representantes en los órganos rectores de las cajas de ahorros y criterios de designación de los mismos*, en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

Villar Palasí, Jose Luís, *Medidas de intervención y sustitución*, en *RDBB*, número 28, 1987.

Whalen, Christopher, *The Subprime Crisis -- Cause, Effect and Consequences*, Networks Financial Institute, Indiana State University, 2008.

White, Lawrence, *Banking Without Regulation*, en *The Freeman*, 1993, Vol. 43.10.

Wymeersch, Eddy, *Delegation as an instrument for financial supervision*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, diciembre de 2006.

Wymeersch, Eddy, *The Structure of Financial Supervision in Europe. About single, twin peaks and multiple financial supervisor*, Instituto de Derecho Financiero, Universidad de Gante, Working Paper Series, noviembre de 2006.

Zavvos, George, *La política bancaria de la CEE para 1992*, en *Información Comercial Española*, febrero de 1990.

Zunzunegui, Fernando, *El déficit del Informe de Larosière*, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, marzo de 2009.

Zunzunegui, Fernando, *Derecho del mercado financiero*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.